شرح نزاع
اثر یکی از شاگردان شیخ مرتضی انصاری

شرح نزاع
از بابا لزئت گوئل بسم مرتضی انصاری

من حجر السفيه وجب امساك ماله عنه من كان وليا قبل البلوغ وان تنظر من المدعو واما في الرابع فيمنع الاطلاق
الاخبار المذكورة لما نحن فيه بل هي واردة في بيان حكم اخر واما في الثاني فيمنع الفور لان ثبوت حكم
في المجنون غير ملازم لثبوته في السفيه فضلا عن ان يكون الاستلزام بالاولوية نعم لو كان معقد الاجماع
ولايتهما في التزويج والنكاح على من بلغ سفيها ثبت الحكم فيما نحن فيه بالاولوية لما سبق اليه الاشارة
من كون الاهتمام بشانه اكمل واتم الا انه في حيز المنع اذ المحكي عن المحقق الثاني ره انه نقل فيه القولين بل
ذلك محكي عن غيره ايضا هذا ولكن في بعض الاخبار ان تزويج السفيهة انما هو بيد وليها والمراد من الولي فيه
هو الولي العرفي وهو الاب والجد والملازمة ظاهرة لمن بلغت سفيهة فيتمسك بفحواه للمسئلة المفروضة
فتبين انحصار الدليل في ذلك فان تم فيها والا فالمسئلة خالية عن الدليل ثم لا باس بنقل ذلك الخبر
بعينه وهو خبر زرارة اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعتق وتعطي من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوج
ان شاءت بغير اذن وليها وان لم يكن كذلك فلا يجوز تزويجها الا باذن وليها والمراد بالمالكة امرها الرشيدة في
المال بان لا تكون سفيهة هذا واما الجهة الثانية وهي ما اذا تجدد السفه بعد البلوغ والرشد فنقول
ان المشهور شهرة عظيمة على ان الولاية للحاكم لان ولاية الاب والجد قد زالت بهما فعودها يحتاج
الى دليل وهو منتف فيندرج تحت عموم ولاية الحاكم الذي هو نائب الاصل والمحكي عن الكفاية وجمع من الرياض
ارسال قول بعود ولاية الاب والجد عليه بل في الاخير انه لا يخلو عن قوة النظر الى اشبهية في بحث التزويج على
الاقرب بالاولوية منضما الى ظهور الاجماع من التذكرة المشار اليه ثمة المستلزمة لثبوت الحكم هنا
بالاولوية اخرى زيادة على الاولوية الاولى الى ان قال وهذا القول هو الظاهر من العبارة وما ضاهاها
حيث اطلق فيها المجنون بحيث يشمل من اتصل جنونه بصغره ومن تجدد له ذلك بعد رشده والسفيه
بالاضافة الى المال بمعنى المجنون انتهى واما الجهة الثالثة وهي ما اذا اتصل الجنون بالصغر

فلا ريب في ثبوت الولاية عليه للاب والجد وهو معقد ما في المسالك ومحكي الكفاية من نفي الخلاف فيه
بل عن مجمع البرهان كانه عليه اجماع الامة وفي التذكرة الاجماع عليه واما الجهة الرابعة وهي ما
اذا تجدد الجنون بعد البلوغ فاقوال فظاهر المحقق ره في باب الحجر وغيره ممن اطلق كالعلامة ان
الولاية فيه للاب والجد بل في الرياض التصريح بهذا الاطلاق في العبارة والسابقة وفي جامع المقاصد
والمحكي عن مجمع البرهان انقطاع ولايتهما وثبوتها للحاكم وقواه في الجواهر بل نسب الى المشهور ولكن
فتحقيق ذلك المقام على وجه يكشف الحجب عن وجه المرام ان الولاية على السفيه والمجنون كالصغير ثابتة
للاب والجد مطلقا سواء اتصل النقص من السفه والجنون بالصغر او كان طاريا بعد البلوغ عاقلا
او رشيدا او سواء كان في الاموال او في النكاح لنا على ذلك امران احدهما تنقيح المناط القطعي
فان ثبوت ولايتهما عليهما في الجملة ولو في صورة الاتصال ولو في خصوص النكاح مما لا ريب فيه
بل هو القدر المتيقن من النصوص والفتوى وليس المناط في ذلك الحكم الا مجرد النقص من السفه والجنون
القطع بعدم مدخلية الاتصال بالصغر في ذلك فيدور الحكم مداره وجودا وعدما كما صرح فالاكا
وذكره جماعة منهم كاشف اللثام وصاحب الرياض من ان ولايتهما ذاتية منوطة باشفاقهما وتفرعها
بما يتفرع له الولد ولا فرق في ذلك بين صورتي الاتصال والانفصال وان كان ما افاده لا يخلو عن شي
فيه بان مرجعه الى الوجه الاستحساني الذي لا عبرة به عندنا وثانيهما عموم الاخبار الواردة في النكاح
والطلاق الشامل للصورتين كما صرح بذلك في الاول الشيخ طاب ثراه في كتاب النكاح وغيره
الحكم في الاموال بالفحوى والاولوية ولئن اغمضنا عن ذلك فلا ريب في ان الولاية للحاكم
فيما اذا تجدد السفه والجنون لاصالة عدم عود ولاية الاب والجد ودعوى انها معارضة بالمثل

[illegible]

بالمثل على ما حكاه في الرياض والمستند من ان ولاية الحاكم ايضا على خلاف الاصل فهما بالنسبة الى الاصل
متساويان وفيه بان المتيقن بان الشك في ولاية الحاكم مسبب وناش عن الشك في ولاية الاب والجد وهي
المقرر في محله ان الاصل في السبب حاكم على الاصل في جانب المسبب ومن هنا تضعف ما في الجواهر من الحكم
بالتعارض بين ادلة ولاية الاب والجد وادلة ولاية الحاكم وترجيح الاول بالشهرة في صورة الاتصال
والثاني بها ايضا في صورة التجدد حيث انه لا معارضة بينهما بل الاول وارد على الثاني في رافع لموضوعه
اذ هو دال على ان الحاكم ولي من لا ولي له فبعد ثبوت الولاية للاب والجد من الادلة ارتفع موضوع
من لا ولي له والحكم وربما تمسك ايضا على ولاية الاب والجد على المجنون مطلقا بفحوى ما دل من الاخبار على
ولايتهما عليه في الطلاق وهي عدة اخبار مستفيضة منها صحيحة ابي خالد القماط قلت لابي عبد الله ع الرجل الاحمق
الذاهب العقل ايجوز طلاق وليه عليه قال ولم لا يطلق قلت لا يؤمن ان طلق هو ان يقول غدا لم اطلق
او لا يحسن ان يطلق قال ع ما ارى وليه الا بمنزلة السلطان ومنها خبره الاخر قلت لابي عبد الله ع
رجل يعرف رايه مرة وينكره اخرى يجوز طلاق وليه قال ع ما له هو لا يطلق قلت لا يعرف حد الطلاق
ولا يؤمن عليه ان طلق اليوم ان يقول غدا لم اطلق قال ع ما اراه الا بمنزلة الامام يعني الولي المراد
كونه بمنزلة الامام في الطلاق عنه كما صرح به في خبره الثالث عنه ايضا في طلاق المعتوه قال يطلق عنه
وليه فاني اراه بمنزلة الامام ومنها خبر شهاب بن عبد ربه عنه ايضا المعتوه الذي لا يحسن ان يطلق
يطلق عنه وليه الى غير ذلك وفي المسالك المناقشة بعدم خلو متنها عن قصور لاشتمالها على خلاف
الاجماع فان طلاق المجنون مباشرة او توكيلا فاسد اجماعا لعدم اهليته للتصرف مع ان السائل
وصف الزوج بكونه ذاهب العقل ويقول له الامام ع ما له لا يطلق فكيف التوفيق بين السؤال
والجواب واجاب شيخنا في الجواهر بان المراد من المعتوه ناقص العقل من غير جنون قال في محكي المصباح

المذكورة عنهما من باب تعب وحمقا فهو احمق بالفتح نقص عقله من غير جنون او دهش وعن التهذيب المعتوه المدهوش
من غير مس او جنون وعن القاموس عته كعني عتها فهو معتوه نقص عقله او فقد او دهش الى غير ذلك من كلماتهم
التي تفيد بالفرق بين العته والجنون ومع ذلك لا يبعد ان يكون المراد منه من لا عقل له كامل ويصلح
مباشرته للطلاق لكن باذن الولي لانه من السفيه فيه كالسفيه في المال وعلى هذا لا يكون اشكال
في النصوص المزبورة بل ربما يكون ذلك جمعا بين ما دل على انه لا طلاق له وبين ما دل على جواز
طلاقه كخبر ابي بصير عن ابي عبد الله انه سئل عن المعتوه ايجوز طلاقه فقال ع ما هو فقلت الاحمق
الذاهب العقل فقال ع نعم بارادة الصحة من ذلك مع الاذن من الولي لعدم سلب عبارته باعتبار
عدم جنونه وانما اقتضاء النقص الحجر له في ذلك وعدم الصحة من تلك النصوص السابقة مع عدم
الاذن فيتجه نفوذ طلاقه ولا يجب فيه ذلك غير اني لم اجد مصرحا به في كلام الاصحاب قلت
الا ان الجواب عنه بما عرفت مستقيم لان شروط المطلق عند الاصحاب اربعة البلوغ والعقل والاختيار
والقصد من دون تعرض احد منهم لاعتبار الرشد فيه الا في الخلع الذي ذكروا فيه اشتراط كمال
العقل المتضمن لاعتبار العقل والرشد معا لاجل اشتماله على الفداء والعوض ومع حمل الاخبار
على اعتبار الرشد في الطلاق وعدم السفه فيه تفصيا عن المنافاة المزبورة وتخلصا من المعارضة
المذكورة مع عدم وجدان قول من الاصحاب بذلك كما عرفت الظاهر في ان كلامه خارج عن طريقة
فقهائنا الامامية وسالك لمسالك معاني الاخبار حتى مع ان ورود اصل المناقشة ممنوع
لان مقصود الامام ع بقوله لم لا يطلق الحرج عليهم واستفصال حال الزوج واستعلامه نظرا الى
كون المعتوه ذو مراتب متفاوتة وبعد ما عرف انه مجنون اجاب ع بانه لا طلاق له بل هو بيد
وليه ويشهد على ذلك جواب الامام ع بعدم ولاية الزوج من دون الاستفصال في بعض

بعض الاخبار المتقدمة وكيف كان فلا خفاء في ولايتهما عليه ولايتهما في الطلاق فيثبت الحكم فيما نحن فيه
وفي النكاح بالاولوية القطعية وافهم فتحصل من جميع ما ذكرنا ان ولاية الاب والجد كما انها ثابتة في
الطفل ذكرا كان او انثى اجماعا فكذلك هي ثابتة في المجنون والسفيه مطلقا على الاقوى بالوجوه
التي قدمناها لكن يبقى الكلام في ولاية الحاكم على الطفل بعد فقد الاب والجد وهو وان كان خارجا
عما نحن بصدده الا انه لا بأس بالاشارة اليه استطرادا لما وقع اليه من شدة الحاجة والابتلاء فنقول
انه لا اشكال بل لا خلاف ظاهرا في ولايته عليه في الاموال وانما الاشكال في ولايته في النكاح والمشهور
على ما في الروضة بل لم نجد مصرحا بخلافه من الاصحاب انه ليس للحاكم ولاية في النكاح على من لم يبلغ ذكرا
كان او انثى نعم استشكل في ذلك جمع من المحققين كالشيخ وصاحب الجواهر وصاحب الرياض قدس الله اسرارهم
بالنظر الى ان ما في الاجماع عليه فيهما والا فمقتضى عموم ولاية الحاكم المستفاد من نحو قوله السلطان ولي
من لا ولي له ثبوت الولاية له مع فقد الولي من الاب والجد لان الوجوه المستدل بها في المقام غير ناهضة
فانهم تمسكوا على ذلك بالاصل وعدم الحاجة الى النكاح مع عدم البلوغ وبان ولاية الحاكم على الصغير
من باب الحسبة بخلاف ولاية الاب والجد والفرض عدم الحسبة حال الصغر وكلها مدخولة اما الاول
فلانه مقطوع بالدليل وهو العموم المتقدم واما الثاني فبعدم انحصار مصلحة النكاح في الوطي حتى يقال
بعدم الحاجة ولذا اجاز ايقاعه للاب والجد واما الثالث فبانه يكفي في صدق الحسبة مطلق المصلحة
ولو كانت عرفية محضة وعدم اشتمال نكاح الصغير على المصلحة الناشئة من الاستمتاع ونحوه لا يعتبر
سببا لعدم ولاية الحاكم في النكاح بعد اقتضاء المصلحة العرفية من اصلاح الدعوى ونحوه
لذلك هذا ولكن الحق مع المشهور وقول المشهور هو المنصور لان عموم ادلة ولاية الحاكم

معارض بما دل على انحصار الولاية في الاب والجد مثل صحيحة ابن مسلم في الصبي يزوج الصبية
يتوارثان قال نعم اذا كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم قلت فهل يجوز طلاق الاب قال لا
ومثل ما ورد في الصغيرين اذا زوجا ومات احدهما المشتمل على التفصيل في حكم التوارث بين تزويج
الاب وغيره وانه ان كان الاول مضى والا كان فضوليا ووقف التوارث بعد موت احدهما على
بلوغ الباقي واجازته للنكاح الى غير ذلك فانها دالات بالمفهوم بل بحسب المنطوق نظرا الى
استفادة الحصر من الاطلاق المقام السؤال والتفصيل قاطع للشركة على انتفاء الولاية لغير الاب والجد
عما كان الحاكم او غيره كان عموم دليل ولاية الحاكم دل على ولايته على فاقد الولي صغيرا كان او
غيرهما ففي مادة الاجتماع وهو الصغير الفاقد الولي يقع التعارض بينهما ولو لم نقل بترجيح الاولة
الحاصرة بسبب اكثرية المحكية بل المحققة فلا اقل من التكافؤ والتساقط فيرجع الى اصالة عدم ولاية الحاكم
اذ لا مانع من الرجوع اليها على ما عرفت الا ما هو عموم ادلة ولاية الحاكم وبعد ملاحظة ما ذكرنا من ابتلائه
بالمعارض المكافئ لا تنهض سليمة عن المانع فيعمل بها وافهم وتبين مما ذكر ان ادلة ولاية الاب والجد
باعتبار دلالتها على ثبوت الولاية لهما تكون حاكمة على ادلة ولاية الحاكم بالتقريب الذي قد اشرنا وباعتبار
دلالتها على نفي الولاية عن غيرهما حاكما كان او غيره تكون معارضة لتلك الادلة فيندفع بما ذكرنا ما قد يتوهم
في المقام من التدافع والتهافت بينها بما تقدم من الحكومة وعدم المعارضة بينهما وبين ما ذكرنا اخيرا
اما المقام الثاني فنقول انه لا نزاع ولا خلاف في ان الولاية الثابتة بالقرابة منحصرة
عندنا في الابوة والجدودة من الابوة فلا ولاية للام ولا لابائها باتفاق علمائنا عدا ابن
الجنيد واما الخلاف فانما هو في بيان المراد من الجد للاب هل هو خصوص من كان منتسبا الى الاب
من طرف ابيه او الاعم منه ومن كان منتسبا اليه من طرف امه وآخر في انه هل يعتبر في

في ولاية الجد حياة الاب او يعتبر موته او لا يعتبر فيها شيء منهما وثالثة في ان ولاية
الاجداد هل هي على نحو الترتيب او على نحو التشريك فهنا مسائل اما المسألة الاولى فاختلفوا
فيها على اقوال احدها التوقف ثم الاول المعروف بين الاصحاب هو الاختصاص وفي فلاح المستند
الميل الى التعميم حيث قال فيه ثم الجد في بعض تلك الاخبار وان كان مطلقا يشمل اب الاب الام واب
الام الجد للاب الا انه خرج الاول بالاجماع واما الثاني فلا دليل على خروجه بل عن التذكرة النظر في
حقه مع عدم الاب بل وكذا استظهره الا ان الاحتياط يقتضي الاقتصار على الاول انتهى وتوقف
العلامة في التذكرة قال الوجه ان جد الام لا ولاية له مع جد الاب وفي مع انفراده نظر
قلت ان مقتضى اطلاق ادلة ولاية الجد وان كان هو التعميم الا انه قد يدعى انصرافه الى الجد من اب
الاب لا من ام الاب وان كان فيه ما لا يخفى اذ لا وجه للانصراف بعد فرض سوية الاطلاق
عليهما نعم يمكن دعوى اختصاص الاطلاق بما ذكر من ملاحظة سلب الولاية عن الام بالنص والفتوى
مع ان تحققها بالنسبة الى الولد آكد واقوى فان قلت لعل ذلك انما هو من جهة نقصان عقلها
فكيف يمكن التعدي الى الغير قلت على تقدير تسليمه تثبت الدعوى من ملاحظة سلب الولاية عن الجد
للام حيث يفهم منه ان الانتساب من جهة الام مطلقا سواء كان بلا واسطة او مع الواسطة لا دخل له في ثبوت
الولاية وان ابيت عن ذلك فنقول ان ذلك سبب للاختصاص فلا اقل من صيرورته موجبا لوهن الاطلاق
فيرجع الى اصالة عدم الولاية ...
اما المسألة الثانية فالمعروف بين قدماء الاصحاب كالشيخ والصدوق وجماعة ومال اليه الفاضل الهندي وقواه
الفاضل النراقي من المتأخرين اشتراط بقاء الاب في ولاية الجد والمشهور بين المتأخرين عدم
الاشتراط وثبوت الولاية له مطلقا والمحكي عن بعض العامة اشتراط موت الاب في ولاية الجد.

وقد استدل على القول بعدم الاشتراط مطلقا بوجوه احدها الاستصحاب وهو وان كان مخصوصا في بعض افراد المسئلة كما اذا كان الجد لم يطرء عليه في حال حيات الاب احد مسقطات الولاية من الجنون والكفر ونحوها ولا يجري في صورة طرو المسقط واستمراره الى موت الاب كما لا يخفى الا انه يثبت العموم في الباقي بالاجماع المركب وعدم القول بالتفصيل بين الافراد والثاني اطلاق ادلة ولاية الجد الثالث ما لعموم نقاء الاب وفي مرتبة الثالث اولوية الجد على الاب وكونه اقوى منه عند التعارض المستفادة من موثقة عبيد بن زرارة قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الجارية يريد ابوها ان يزوجها من رجل ويريد جدها ان يزوجها من رجل فقال عليه السلام الجد اولى بذلك ما لم يكن مضارا ان لم يكن الاب زوجها قبله ويجوز عليها تزويج الاب والجد وغيرها من النصوص المعتبرة المستفيضة فاذا ثبت قوة ولاية الجد عند التعارض ففي عدم المعارضة تكون بطريق اولى لان فوت الاضعف لا يؤثر في فوت الاقوى الرابع ان الجد له ولاية المال مطلقا اجماعا فيثبت له ولاية النكاح كالاب لصحيح ابن سنان الوارد في تفسير من بيده عقدة النكاح قال عليه السلام ان الذي بيده عقدة النكاح هو ولي امرها الخ وقد اجاب في المستند عن جميع هذه الوجوه اما عن الاول فبالمعارضة باستصحاب حال العقل اعني استصحاب عدم الولاية الازلي للجد نظير استصحاب البرائة الاصلية في الاحكام التكليفية وفيه ان الحكم بالتعارض بين استصحاب ولاية الجد وبين استصحاب عدمها الاصلي انما هو مبني على الاصل الذي اصله في الاصول في موارد الشك في الرافع اذا كانت الشبهة حكمية ومن الموضوعية من جريان استصحاب عدم الامر الوجودي المتيقن سابقا ومعارضته مع استصحاب وجوده زعما منه ان المتيقن وجود ذلك الامر في القطعة الاولى من الزمان والاصل بقائه عند الشك على العدم الازلي الذي لم يعلم انقلابه الى الوجود الا في القطعة السابقة من الزمان وذكر لذلك

امثلة كثيرة لا فائدة في التعرض لها وحيث ان المبنى فاسد عند التحقيق الذي حققوه في محله فكان الجواب ايضا فاسدا الا ان فساد المبنى مستلزم لفساد البناء نعم قد يقال بحصول التعارض بين استصحاب ولاية الجد في بعض الافراد وبين استصحاب عدمها في بعض الآخر بعد ملاحظة ضميمة الاجماع المركب في جانب الاصليين لكن فيه ايضا ما لا يخفى لا انا ان قلنا بجواز خرق الاجماع المركب في الاحكام الظاهرية فالجواب عنه واضح لعدم المعارضة حينئذ بل يعمل بكل اصل في مورده وان قلنا بعدم جوازه فيها كالاحكام الواقعية فلا نسلم ذلك ايضا اذ استصحاب عدم ولاية الجد في مورده محكوم بالاستصحاب التعليقي المقتضي لثبوته فانه لو كان الجد عاقلا في حال حيات الاب لكان وليا فيستصحب الملازمة بعد حصول المعلق عليه فيتقدم عليه نظير استصحاب حرمة العصير الزبيبي بعد غليانه المتقدم على استصحاب الاباحة الثابتة لماء الزبيب قبل الغليان لتقدمه على التيقن فتبين ان مقتضى الاستصحاب الفعلي هو الاستصحاب التعليقي بقاء ولاية الجد بعد موت الاب على حسب اختلاف موارده واما عن الثاني فبمنع الاطلاق ولاختصاص اخبار ولاية الجد ظاهرا بما اذا كان الاب حيا وهذا الجواب لا مدفع له ظاهرا الا انا لم نجد خلافه بعد التتبع فيها واما عن الثالث فبانه وجه اعتباري ضعيف لا عبرة به في اثبات الحكم الشرعي ويؤيده في الضعف ان ولاية الجد وولاية عرفية انما تثبت بالواسطة وولاية الاب فبعد انتفاء الواسطة لا وجه لبقائها لكن انما تزول بزوال الواسطة واما عن الرابع فبانه مخصص بمفهوم الشرط في موثقة البقباق وهو الفضل ابن عبد الملك ان الجد اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حيا وكان الجد مرضيا جاز الحديث فانه دل بالمفهوم على عدم جواز تزويج الجد عند عدم حيات الاب ومفهوم الشرط حجة فيخصص به عموم الصحيحة المتقدمة

وفيه منع المفهوم لان شرطيته مشروطة بكون الشرط مسوقا للتعليق لا لافادة الحكم حكم الفرد
الاخفى كما في قوله ان ضربك ابوك فلا تؤذه فالى هنا المنع ومن العجيب كون الشرط مسوقا لبيان
جواز عقد الجد مع وجود الاب فضلا عن حال موت الاب مع وضوح ان اخر موت الاب في ثبوت
الولاية للجد من العامة وما ذكرنا من التنبيه على الفرد الاخفى وان كان خلاف ظاهر القضية
الشرطية حيث ان الظاهر المتبادر منها هو التعليق الا انه لا باس بارتكابه بعد مساعدة قرينة
المقام عليه وقرينة المقام ظاهرة ورود الخبر في مقام الرد على العامة العمياء نعم قد يناقش في
دلالة الصحيحة باجمالها لان فيها احتمالات ثلثة اخر غير منطبقة على الدعوى احدها ان تكون الرواية
مسوقة لبيان ان ولي الامر هو الذي بيده عقدة النكاح فيكون مفادها ان من له الولاية في ساير الامور
والاموال هو الذي له ولاية التزويج وفيه انه تكلف ركيك وتعسف بارد لان غرض السائل هو
السؤال عن له ولاية التزويج ومن بيده عقدة النكاح لا السؤال عمن له ولاية الاموال والامور فاذا يكون
قوله هو ولي امرها مفسرا ومبينا لقوله الذي بيده عقدة النكاح دون العكس مضافا الى ان الاستدلال
يتم على هذا الاحتمال ايضا بعد ملاحظة التلازم بين الولايتين فاذا ثبت ان ولي الامر هو من بيده عقدة
النكاح وثبت ان الجد ولي الامر يعلم ان بيده عقدة النكاح ايضا وثانيها ان يكون المراد بولي الامر
هو ولي الامر في النكاح لا الاموال فتكون الرواية مسوقة لبيان من بيده عقدة النكاح الذي له العفو
عن الصداق وفيه مع كونه خلاف الظاهر جدا ان مرجعه الى ان الذي بيده عقدة
النكاح هو الذي بيده عقدة النكاح نظير قوله المعرب ما يكون معربا وثالثها ان يكون المراد
بالذي بيده عقدة النكاح الذي له العفو لا من بيده التزويج يعني الذي له العفو هو ولي
الامر وفيه ان هذا مجاز مخالف للاصل فلا يصار اليه الا بدليل وحيث ليس فليس فظهر من جميع

فظهر من ذلك كله ان اقوى الاحتمالات في الرواية كونها مسوقة لبيان من له ولاية النكاح وتفسيره
بان هو من له الولاية في ساير الامورات والتصرفات من البيع والشراء ونحوهما مما يتعلق بالاموال
وان ساير الاحتمالات في غاية الغرابة والسخافة لا ينبغي تنزيل الرواية عليها فتمت
دلالتها على عدم اشتراط حيوة الاب في ولاية الجد ولا سبيل الى المناقشة فيها بعد تسليم الدلالة
بانها مخصصة بمفهوم الشرط في الموثقة اذ قد عرفت منع مفهوم فيها انه ثم لا يخفى عليك ان
ما قلنا الثاني في دفع المعارضة بين استصحاب ولاية الجد في بعض الصور وبين استصحاب عدمها في
بعض الاخر بان استصحاب عدم الولاية في موارده محكوم بالاستصحاب التعليقي بالتقريب الذي
قد عرفته انما كان بحسب بادي النظر واما بعد امعان النظر لم نر له وجها لا فيه اولا من عدم اطراد
الاستصحاب التعليقي في جميع موارد عدم ولاية الجد لانا نفرض جنونه في حال جنين الطفل
وزمان حمله الى اول زمان الوضع ثم مات الاب فيه فانه لا مسرح للملازمة المذكورة حتى يمكن
استصحابها معارضا للاستصحاب الفعلي بالنسبة الى عدم الولاية ومقدما عليه وثانيا من عدم العبرة
بالاستصحاب التعليقي اصلا اذ الشك فيه انما يكون من قبيل الشك في المقتضي وقد اثبتنا في محله عدم حجية
الاستصحاب في موارد الشك في المقتضي فيبقى استصحاب عدم ولاية الجد سليما عن الحاكم فيعارض مع استصحاب
الولاية بعد ملاحظة ضم الاجماع المركب من الطرفين فيتساقطان فيرجع الى الاصل عدم جعل الولاية
مع انه يمكن المناقشة في استصحاب ولاية الجد بعدم حجيته في نفسه لانه من الاستصحاب العرضي
نظير استصحاب نجاسة الحيوان المتلطخ بالدم حين تولده بعد زوال الدم فان نجاسة
الحيوان انما كانت بواسطة تلطخه بالدم فتزول بزوال الواسطة فلم يبق محل للاستصحاب وكذلك
ولاية الجد حيث انها كانت بواسطة ولاية الاب على الطفل فبعد زوال الواسطة زالت الولاية
وان شئت قلت ان مرجعه الى الشك في المقتضي وقد عرفت عدم حجيته فيه فتبين انحصار الدليل في خصوص العمومات

المسألة الثالثة انك قد عرفت ان الجد شريك للاب في الولاية فهل يكون اب الجد وجد الجد
متساوي شريك للجد ايضا فيها ام لا بل اختصت الولاية بالجد صرح المسالك في كتاب الوصية في مسألة
لو مات انسان وله وصي له هو الثاني حيث قال فيها ان الامور المفتقرة الى الولاية اما ان
يكون اطفالا او وصايا او حقوقا او ديونا فان كان الاول فالولاية فيهم لابيه ثم لجده ثم لمن
يليه من الاجداد على الترتيب الولاية للاقرب منهم الى الميت فالاقرب انتهى وفي مجمع
المقاصد وهل يكون للجد الاعلى شيء مع وجود الادنى ولاية فيه نظر وظاهر كلام الجواهر في كتاب
الحجر والنكاح هو الاول حيث جعل محل الكلام والخلاف في البحث عن الترجيح فيما بينهم حين اصل
التشريك في الولاية فهو المحكي عن ظاهر جماعة الفقهاء وقد استدل للقول بالاشتراك
بوجوه الاول اطلاق ادلة ولاية الجد وفيه منع الاطلاق بالنسبة الى ما نحن فيه لانه لقاء اب
الجد مع فقد الجد في غاية الندرة والندرة فيكون المنصرف منه هو غيره والثاني اطلاق
ما دل على ان مال الولد للوالد وغيره ولا ان الخبر ليس على ظاهره فان مال الولد ليس الا للولد حقيقة
فلابد من التاويل وحمله على الذي حكم مالك في سقط الاستدلال للاجمال بين ان يكون له
الانتفاعات بماله او التصرفات فيه من البيع والشراء وغيرهما من الاسباب ولا اطلاق
هنا حتى ينفع بدفع المقام اما لان اللام من الحروف ولا اطلاق في المعاني الحرفية اتفاقا
واما لانها من قبيل الموضوع بالوضع الخاص كسائر المبهمات من اسماء الاشارة والضمائر والموصولات

والموصولات وحكمه حكم المشترك في الاجمال ما لم يكن هناك قرينة من الخارج وثانيا ان اللام
الواقعة فيه هو الكبير الذي هو غير مفتقر الى اللام كما يظهر من رواية الحسين بن ابي العلاء فلا يجيء
الا الحمل على الانتفاعات من الاكل ونحوه والانفاق كما للولد على نفسه في صورة الحاجة
ويشهد على ما ذكرنا جواب الامام عليه السلام في الخبر المزبور عن سؤال قول النبي صلى الله عليه وآله للرجل الذي اتاه فقدم اباه
انت ومالك لابيك بما لفظه انما جاء بابيه الى النبي صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله هذا ابي وقد ظلمني ميراثي من امي فاخبره الاب انه قد انفقه عليه وعلى نفسه وقال انت ومالك لابيك ولم يكن عند الرجل شيء
شيء بل الحلال بمجرد قوته وشأن الله عز وجل فرض السبيل والاغماض عما ذكرنا عموم له بالنسبة الى
النكاح والمال كما لا يخفى الثالث قوله انت ومالك لابيك وفيه ما عرفت انه مما ذكرنا انه
محمول على الانفاق واحترام الولد للاب اذ لا معنى لكون الولد مملوكا او شبهه بالوالد الا
هذا الرابع قوله عليه السلام في خبر ابن سنان هو ولي امرها وفيه منع ثبوت الولاية للجد البعيد مع
القريب لانه اول الكلام وقد استدل للاختصاص بوجهين احدهما الاصل بمعنى ثبوت
الولاية للقريب يقيني وللبعيد مشكوك مدفوع بالاصل الثاني قوله تعالى واولو الارحام بعضهم
اولى ببعض وفيه ان كلمة اولى وان كانت افعل الوصف دون التفضيلي الا ان
الاستدلال بها انما هو في مورد الدوران والتعارض كما في الارث حيث ان الامر فيه دائر
بين ان يكون الوارث هو القريب او البعيد فنفي البعيد لابد بخلاف ما نحن فيه اذ ليس الامر
هنا كذلك لامكان اجتماعهما في حكم الولاية فانحصر الدليل في الاصل وهو المتجه ثم ظاهر

كلام الشيخ قده ان الخلاف انما هو مع فقد الاب واما مع وجود الاب فلا خلاف في اشتراكهما بينهما
وقد ادعى عليه الاستاذ دام ظله بوقوع الخلاف في المقامين واستشهد بذلك بكلام صاحب الجواهر وان الاب
الجد مع الاب
الجد ففي الجواهر فتعدى الحكم الى الاب الجد وجد نظر وفيه ان بعد ملاحظة صدره وذيله يعلم ان مراده من الحكم هو حكم الترجيح
او التشريك وان كانت مع ذلك في ريب فلاحظ عبارته في النكاح بعين البقائه لو وقع التعارض
بين تصرف الاب وبين تصرف الجد فقبل الحكم بالترجيح او التساقط قلت لو كان مورد التعارض هو عقد
النكاح فالحكم ترجيح ولاية الجد للاجماع ظاهرا وللنصوص المستفيضة الدالة عليه ولو كان هو
البيع ونحوه مما يتعلق بالمال فاختلفوا فيه على اقوال قيل بتقديم ولاية الاب لقوله تعالى
اولو الارحام بعضهم اولى ولا يقدح فيه ما ذكرنا اذ المفروض حصول الجد وان ذا التعارض في
لعدم اطلاق صحة عقدهما
المقام قيل بترجيح الجد لفحوى النصوص الواردة في باب النكاح قيل بالتساقط لعدم ثبوت اعتبار
الاولوية اذ هو من الظنون المطلقة وعدم نهوض الاية الشريفة في المقام لاجمالها بالنسبة
وبهذا الايراد على الاية محكي عن كاشف الغطاء ره
الى تشخيص الولي هل هو القريب او البعيد فيحتاج الى البيان من الاخبار كما ورد في خصوص باب
الارث على انه هو القريب فيقتصر به فتبين ان الحق هو البطلان والتساقط لعدم الترجيح
هذا حكم التعارض بين الاب والجد واما لو وقع التعارض بين الجد الاعلى والجد الادنى
على القول باشتراكهما في الولاية فيجري فيه ما يجري في الاب والجد قولا ودليلا ومختارا
هذا الكلام في تعيين الولي واما الكلام في صفات الولي من الاسلام والعدالة ونحوهما فنقول

فنقول انه لا اشكال بل لا خلاف في اعتبار الاسلام اذا كان المولى عليه مسلما اما بالاسلام الاصلي
او بالاسلام السابي او غيرهما مما يقتضي تبعيته في الاسلام لقوله تعالى لن يجعل الله للكافرين على
المسلمين سبيلا فلا ولاية للكافر عليه ابا كان او جدا واما اذا كان المولى عليه كافرا فقيل
القائل به صاحب الجواهر في باب النكاح ره
بثبوت الولاية لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وللاطلاق الدال على ولاية
الاب والجد خرج منه ما اذا كان المولى عليه مسلما وبقى الباقي تحته ولكن الاقوى انه لا ولاية
للولي الكافر مطلقا للاصل والتعليل المذكور وعدم الدليل على خلافه لانصراف الاطلاق الى الاب
والجد المسلمين كما لا يخفى وجهه بعد ملاحظة ما فيه من القرائن واما الاية فلا دلالة لها اصلا اذ
الظاهر ان الولاية فيها بمعنى المحبة لا بمعنى السلطنة والرياسة كما في نظير قوله تعالى ولا يتخذ المؤمنون
الكافرين اولياء واما العدالة فالمشهور على عدم الاشتراط والمحكي عن الوسيلة
والايضاح اعتبارها فيهما فنقول المشهور هو المنصور لنا على ذلك مضافا الى فحوى الاجماع المحكي عن
التذكرة الاصل والاطلاقات وعدم قيام دليل على خلافه اذ قصوى ما يستدل للاشتراط امران
احدهما ان تصرفات الاب والجد كغيره من الاولياء على ما سيأتي منوطة بالمصلحة ولا طريق لاحرازها
في فعلهما الا العدالة والاخر ان الولاية نوع من الايتمان من الله يستحيل من حكمة الصانع
ان يجعل الفاسق امينا فيقبل اقراره واخباره على الطفل الذي لا يدفع عن نفسه ولا
يعرب عن حاله وكلاهما غير صالح لاثبات المدعى اما الاول فلعدم انحصار الطريق
في العدالة بل يمكن احراز المصلحة في فعلهما بما هو المتعارف في امثال المقامات من امثاله

من اجازة الصحة لانه على تقدير اشتراط المصلحة او عدم المفسدة في صحة التصرفات من البيع والاجارة
ونحوهما يعتبر الشك في ملاحظة المصلحة وعدمها يرجع الى الشك في صحة البيع مثلا وفساده
فيحكم بالصحة لاصالتها واما الثاني فلان الولي امين والامين مؤتمن في علمه مصدق
في قوله وفعله ولا نتعقل في جعل الفاسق امينا بعد كون الامين مسموع الكلمة ومقبول القول
بحكم الادلة ما ينافي الحكمة البالغة كما لا يخفى واما ما قيل في الجواب عنه بان المفسد ورفع بان
الحاكم مع علمه بالحال يمنعه بعلمه ومع الجهل استعلم حال الفاسق بالاجتهاد وتتبع سلوكه
وشواهد احواله مدفوع بعدم الدليل على وجوب الفحص في الموضوعات بل الدليل منها على خلافه
لان الفحص والتفتيش في عيوبات المسلمين حرام شرعا وبالجملة فالعامل والفاسق
سيان في ملاحظة المصلحة يجب الا التخلف الامر والواقع واما يجب الظاهر فكما يمكن احرازها
بالعدالة فكذلك يمكن احرازها باصالة الصحة والاظهر المقام الثالث من الموارد فيه اذا لم يعتبر في
تصرف الاب والجد عدم المفسدة او شرط فيه وجود المصلحة او لا يعتبر شيء منهما وجوه اوسطها
اوجهها واعلم اولا ان اللازم من اشتراط المصلحة وعدمها في تصرف الاب والجد انما هو بناء على
على اشتراطهما في تصرفهما في مال الطفل من الحاكم وغيره من الاولياء اذ على تقدير عدم اشتراطهما
في الغير فعدمه هنا بطريق الاولوية فلا سبيل الى هذا الخلاف والنزاع مع فرض عدم اشتراط
المصلحة في فعل الغير اذا عرفت هذا فنقول ان الوجوه الاتية المستدل بها على ملاحظة الغبطة
في تصرف غيرهما من اصالة عدم الولاية واصالة الفساد المقتصر على خلافهما بالمتيقن وعموم
قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا وغيرهما مما ياتي ذكره كلها قاضية بملاحظتها في المقام ايضا

في المقام الثاني ولا دليل على التخصيص او التقييد بالنسبة الى الاب والجد اذ قصارى ما قيل او
يقال كونه دليلا مخرجا اشتراطه بالاطلاقات المستفيضة الاخبار الدالة على ان مال الولد للوالد
وفيه ما عرفت من انه لا مساس لها بولاية الاب والجد بل سوقها لبيان جواز الانفاق على
النفس بما يقدر الحاجة ومن هنا يظهر ان التعليل بقوله ان الله لا يحب الفساد في بعض
الاخبار لا دلالة له على كفاية عدم المفسدة في الاسباب الشرعية من البيع والشراء ونحوهما
لان المعلل ليس حكم الولاية والسلطنة بل هو مجرد جواز الانفاق الثاني جواز الاقراض
للاب والجد من مال الطفل فانه يدل على صحة مطلق الاسباب من دون ملاحظة المصلحة
وفيه اولا انه قاض بجواز التصرف مع المفسدة ايضا مع انه خلاف الاجماع وثانيا ان جواز
الاقراض كما هو ثابت من الاخبار للاب والجد كذلك هو ثابت من الاخبار للحاكم وغيره
من سائر الاولياء ايضا مع الاتفاق فلا بد من التزام التخصيص بالنسبة الى غيرهما ايضا مع
انه خلاف المفروض لما عرفت ان الكلام هنا على تقدير اشتراط المصلحة هناك فلا بد
ح من الاقتصار على مورد النص وعدم التعدي الى غيره من سائر الاسباب الشرعية الثالث
جواز تقويم جارية الابن على نفسه المستفاد من الاخبار وفيه اولا منع جواز ذلك من
دون ملاحظة المصلحة وثانيا انه مقصور على مورد النص على تقدير التسليم فلا يثبت به
كلية المدعى كما لا يخفى الرابع ما هو في جواز النكاح للاب والجد من غير ملاحظة الغبطة
وفيه منع الحكم اولا بل هو موقوف على المصلحة ومنع الاولوية في المقام ثانيا وافهم

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

هذا تمام الكلام فيما يتعلق بتصرف الملاك والفضولي واما تصرف الاولياء
فيما لهم ولاية عليه فقال المحقق في بيع الاب والجد يمضي تصرفهما
ما دام الولد غير رشيد وينقطع ولايتهما بالبلوغ والرشد ويشكل
ثاني الشهيدين على هذه العبارة بما محصله ان مفهوم صدرها يخالف
مفهوم عجزها حيث المستفيد من مفهوم قوله حيث المستفيد من مفهوم قوله
يمضي تصرفهما ما دام الولد غير رشيد انقطاع ولايتهما بحدوث الرشد به
ولو حدث ذلك قبل البلوغ ومفهوم قوله وينقطع ولايتهما بالبلوغ والرشد
ثبوت ولايتهما ما لم يحدث كلاهما فلو بلغ ولم يكن رشيدا فولايتهما باقية ولذا
لو رشد ولم يكن بالغا ثم قال ان العبرة بمفهوم الثاني لضعف مفهوم الاول
كان [illegible] ثم ذكر بعد ذلك بكلمة لعل الاول هو ان المراد بولايتهما
ما لم يحدث له صفة الرشد قبل البلوغ وهي في [illegible] والحكم ان ضعف مفهوم
الاول لكونه مفهوم الزمان كما صرح به في [illegible] حيث يشكل على
عبارة القواعد [illegible] بعبارة المحقق مثل [illegible]
بان مفهوم الاول مفهوم زمان لا عبرة به ووجه كونه مفهوم زمان واضح
حيث وقت ثبوت ولايتهما ما دام كون الولد غير رشيد وتعلق الزمان بالوصف
لا مدخلية في مفهوم الوصف بالحكم وهو ثبوت الولاية معلق بالزمان لا
بالوصف وحينئذ [illegible] على ان الشهيد في حاشية القواعد ما اشكل على عبارة
المحقق وهو ان قوله يمضي تصرفهما ما دام الولد غير رشيد يحتمل عكسه ولا يحتمل
طرده [illegible] اما [illegible] لعكسه فلان الاستفاد
منه بالمفهوم زوال ولايتهما بحدوث الرشد مطلقا ولو حدث قبل البلوغ مع
انه لا يزول ولايتهما ما دام الولد صغيرا وان كان رشيدا واما عدم اطراد طرده

١٨

فلعدم دخول فرد من افراد الولي كالولاية للاب والجد له منهما حيث ان المولى عليه
فالعبارة هو الصغير المجهول الولد منه دون الصغير [illegible] بهما فلا ولاية على جميع
افراد الصغير ولو سلم فقوله صغيرا رشيدا بعد كامل [illegible] ايضا اذا
الكمال لا يحصل الا بالبلوغ والرشد فولايتهما ثابتة ما لم يبلغ صار الكمال فلا
ينتقض عكسه لحدوث الرشد قبل البلوغ لا يخرج الرشد لا يوجب الكمال حتى
ينقطع ولايتهما عنه [illegible] الكامل الذي [illegible] عليه [illegible] الكمال
في الفضيلة والدفة اذا عرفت ذلك فتنقيح الكلام فيها يقتضي رسم مقامات
متعلقة بالمولى عليه والولي ونظرها انه اما المقام الاول فلا اشكال ولا خلاف
في ثبوت ولاية الاولياء على الصغير رشيدا كان او غيره اجماعا محققا كما لا كلام
في انقطاع ولايتهما عن البالغ الرشيد واما البالغ العاقل الرشيد فهل تعود الولاية
عنه وينتقل الولاية الى الحاكم الا انهما ما ذكرنا بالبالغ العاقل الرشيد
او مجنون وعلى التقدير اما ان يبلغ سفيها او مجنونا او يتجدد بعده اما
المسألة الاولى وهو [illegible] السلوك في [illegible] ولاية الاب والجد عليهما في الاموال
او انتقال الولاية الى الحاكم خلاف والذي يستفاد من ظاهر الادلة وعبارة الفقهاء
في باب الحجر وكلامهم في الاحوال الحاكم وحكي عن بعضهم التصريح به الا الخلاف
ذلك الا انه مشهور كذا [illegible] الحوالة الاكثر [illegible] دعوى الاجماع عليه
في النكاح الاجماع على بقاء ولاية الاب والجد وكذا دعوى عدم الخلاف فيه
الشهيد في [illegible] في [illegible] نكاح [illegible] انه لا خلاف في ثبوت
الولاية لهما على الصغير والمجنون مع اتصال السفه والجنون بالصغر والظاهر عدم الاذن
خصوص النكاح مع انه صرح بالخلاف في ذكره وقال ان منهما قولان واضافة الى
انتقال الولاية الى الحاكم ثم نقل البناء على اثبات ولاية الاب والجد وبالجملة [illegible]

لا اجمال [illegible] عدم الخلاف في المسألة نعم يمكن ان يقال ولاية الاب والجد
عليه [illegible] الى المحقق الشيخ [illegible] في مثل ذلك الى [illegible] القواعد
فنقول اثبات الولاية للاب والجد على البالغ السفيه في المال بوجوه الاول
الاستصحاب والثاني انه لا يستبعد وانما في [illegible] الانقطاع
ثبوت ولايتهما على من بلغ مجنونا في النكاح اجماعا محققا [illegible] من
بلغ سفيها في الاموال بالاولوية القطعية بعد ما ثبت في النكاح ثبوت
ولايتهما في المال [illegible] الاولى [illegible] نظرا اما في الاول فلانقطاع
الاستصحاب بتبدل الموضوع اذ الولاية الثابتة [illegible] على الصغير
واجراؤها في البالغ تمسك بالاستصحاب مع انه موضوع مغاير [illegible] واما
الثاني فلان ما علق على الرشد منها انما هو دفع المال اليهم بمعنى انه يجب على
الاولياء حفظ الاموال واما كونها ما لم [illegible] الرشد فان
انسوا الرشد فليدفعوا اليهم اموالهم ومن [illegible] حفظ المال واما كونه
الولاية في البيع والشراء وسائر انحاء التصرفات التي [illegible] في
اموالهم والمنقطع [illegible] بقوم مقام المالك فلا يستفاد ذلك من الاية
اصلا واما في الثالث فلان [illegible] ولايتهما على المجنون في النكاح
الا السفيه في المال [illegible] بطريقة الاصحاب [illegible] الاجماع [illegible]
في موضوع الى موضوع اخر [illegible] والاولوية [illegible] الجنون [illegible] السفه
مثبوت ولايتهما على المجنون في النكاح لا يقتضي ثبوتهما على السفيه [illegible]
[illegible] النكاح [illegible] الاموال لا يوجب الاولوية ولايتهما على السفيه [illegible]
ذلك الاولوية ولايتهما على المجنون في المال [illegible] هذا الموضوع
الى موضوع اخر فلا [illegible] هذه الوجوه كلها ضعيفة لا [illegible] الاعتماد عليها فاثبات

هول

ولاية الاب والجد واضعف منها الثبت بعموم ادلة ولاية الاب والجد فهي له
صلى الله عليه واله انت ومالك لابيك اذ بعد تسليم عمومها تحمل على الصغير
لحكم الاجماع على انقطاع ولايتهما على البالغ وسيجي تمام الكلام في المقام الثاني
فعند هذا وصاحب تكملة انشاء ولايتهما به وهو انه متعددة وبان قبرة
على ابا بالنفقة السفيه التي لا يشبع ولا تشترى ان زوجها سبيلا على الحاكم
من الاب والجد لولايتهما ولساير فيها فاذا ثبت ولايتهما في النكاح سلك الروايات
ثبت في الاموال ايضا الا ولوية لان الاهتمام في التزويج اشد واكد والحال
وقد سلك صاحب الجواهر في الحكم بولاية الاب والجد مسلكا اخر حيث قال ان
عموم ولاية الاب والجد معارض بعموم ولاية الحاكم والسفاهة بينهما عموم من وجه
فيرجح الاول على الثاني في المشهور وفيه انه بعد تسليم عموم ولايتهما معارضة بعموم
ولاية الحاكم لا وجه له بل عموم ولايتهما وارد على عموم ولاية حيث انه اخذ في
موضوعه عدم الولي واثبات له وليا اخر بحكم عموم ولاية الاب والجد وبين
اصالة عدم ولاية الحاكم ان الاصل الاول مزيل للثاني اذ بعد ما احرز عموم ولايتهما
بالاصل فلا يبقى شك في ولاية الحاكم حتى يتمسك بالاصل على بقيه ولاية فافهم
واما السفيه المتجدد سفهه فالمشهور شهرة محققة ان الولاية في ماله
للحاكم بل حكي الاجماع عليه ولكن لا يخفى عدم تحقق الاجماع عدم تحقق الاجماع
مع الخلاف في حلبي تحقق كلام الكفاية وابو الصلاح وابن ادريس السائل فهو بعيد ولاية
الاب والجد الا ان تحقق الشهرة على ولاية الحاكم كان الاقوى في النظر ان الولاية
ماله للاب والجد لا للحاكم بحسبنا على ذلك انه ان احتمل المناط القطعي
السفه ودعا ووجهي بلغ سفيها ان امره يحتمل بيد الحاكم لا ابعاده عنه ان
مناط ثبوت ولايتهما هو البلوغ والرشد فلا دليل على عودها ولكن الا من حاكم

ثبوت ولايتهما انما هو بعد ما هذا ذلا وجه لولايتهما عليه في النكاح الا حيث
اذ لو كان الولاية بمنزلة موجبة لولاية الاب والجد لاقتضت ثبوت ولايتهما
مع بلوغه ايضا وهو خلاف للاجماع فيكشف عن ان المناط هو سفاهته فيحي
حدث تلك الصفة للولد ثبت ولايتهما عليه ايضا بالملوغ اوما نفصلت
تهمه وثانيها الحاقه في ما وود ومتى لم يستفد بالرشد ان ولاية بحكم
للاب والجد شامل للمنفصل سفهه عن البلوغ ايضا فاذا ثبت ولايتهما
للمتجدد سفهه في النكاح بالمناط القطعي او الالحاق في اللفظي ثبت ذلك
في الاموال ايضا بالاولوية القطعية واما المجهول المنفصل جنونه بالبلوغ
فحاله في الخلاف ونقل الاجماع على ولاية الاب والجد فحاله حال السفيه
المنفصل في المشهور ولا ينبغي بهما كالاول والدليل عليه دعوى الاجماع الضا
على ولايتهما عليه في النكاح وللاخبار الدالة عليه فاذا ثبت ولايتهما
في النكاح بالاجماع والاخبار ثبت في الاموال بالطريق الاولى والفرق بينه
وبين سفه المنفصل اثبات ولايتهما على السفيه في النكاح انما هو بالولي واما
الواردة هناك وفي المجنون بالاجماع والاخبار وقد استشكل كاشف
الظلام في ولاية الاب والجد على المجنون المنفصل بعد ما اختار ولايتهما على السفيه
المنفصل لما ذكرنا او لوية ما ورد في ولايتهما عليه في النكاح ولم يسع وجه
الاشكال وكلما ما طلنا لم يحد له وجها ان الولاية المذكورة هناك جارية
هنا بعد ما ثبت الاجماع والاخبار ولايتهما عليه في النكاح واما المجنون
المنفصل فالاقوى فيه ما قويناه في السفيه المنفصل ان الولاية في ماله
للاب والجد لا للحاكم وان خالف المشهور والدليل عليه هنا ما ذكرنا
في السفيه المنفصل من تنقيح المناط القطعي والحاق الاخبار الواردة في المجنون

وذاهب العقل وانه يطلق عنه وليه والدليل عليه مضافا الى ما ذكرنا
في السفيه المنفصل من شيخ المناط القطعي اخبار الطلاق الواردة في
المعتوه وذاهب العقل وانه يطلق عنه وليه والدليل عليه مضافا
الى ما ذكرنا في السفيه المنفصل من شيخ المناط القطعي اخبار الطلاق الواردة
في المعتوه وذاهب العقل انه يطلق عنه وليه منها صحيح ابي خالد القماط
قلت لابي عبد الله عم الرجل الاحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عنه
قال ولم لا يطلق قلت لا تؤمن ان طلق هو ان يقول غدا لم اطلق او لا
يحسن ان يطلق قال ما ارى وليه الا بمنزلة السلطان ومنها خبر ابي خالد
ايضا قلت لابي عبد الله عم رجل يعرف رأيه مرة وينكر اخرى يجوز طلاق
وليه قال ما له هو لا يطلق قلت لا يعرف حد الطلاق ولا يؤمن عليه ان طلق
اليوم ان يقول غدا لم اطلق قال ما اراه الا بمنزلة الامام عم يعني الولي صحيح
ابي خالد الثالث عنه عم ايضا في طلاق المعتوه قال يطلق عنه وليه
فاني اراه بمنزلة الامام عم ومنها خبر شهاب بن عبد ربه ايضا المعتوه
الذي لا يحسن ان يطلق يطلق عنه وليه على السنة فيستفاد منها ان
امر طلاق المجنون وذاهب العقل بيد الولي فاذا ثبت ولايته في الطلاق
الذي بيد الزوج اختيارا في غيره من الاحوال بطريق الاولى واورد عليها
في تلك بعدم اتضاح دلالتها اذ يحتمل وصف الزوج بكونه ذاهب
العقل ثم يقول الامام عم انه لا يطلق مع ان المجنون ليس له مباشرة الطلاق
ولا اهلية التصرف ثم يعبر بما يحتمل عدم طلاقه بكونه منكرا للطلاق ثم يجيبه
بكون الولي بمنزلة السلطان بعدم ارتباط السؤال بالجواب لكشفه عن
عدم كون المراد بالمعتوه هو المجنون المنقطع ورده الا [illegible]

لولاية الاب والجد على المجنون وما جاء عنهم في هذا الباب المذكورة
منطبقة بالسفيه اذ المراد بالمعتوه هو ناقص العقل دون فاقده وعلى
ذلك [illegible] من اهل اللغة ثم قال لا يبعد ان يكون المراد لا عقل
له كاملا وحمله يصح مباشرته للطلاق لكن باذن الولي كالسفيه في المال
فبذلك جمع بين الاخبار الواردة على ان الطلاق بيد الولي وما ورد من صحة
طلاقه [illegible] الى ان حمله على صحة طلاقه باذن الولي وانت خبير بان
الاخبار والجواب المذكورين كان [illegible] الاخبار فلان وصح سؤال
الامام عن طلاق ذاهب العقل والمعتوه [illegible] فلان المعتوه وذاهب العقل
ربما يلحق بالمجنون [illegible] في ذلك [illegible] انه من قسم
المجنون ولا يبعد [illegible] انه من قسم المجنون اجاب عنه بانه يطلق عنه وليه
[illegible] من المجنون [illegible] [illegible] الاشكال [illegible] انه ليس سؤال [illegible]
الطلاق [illegible] ما ذكرنا [illegible] عبد الله عم انه [illegible] المعتوه
الجوز طلاقه [illegible] قلت الاحمق الذاهب العقل [illegible] وما ذكرنا [illegible]
الاخبار [illegible] انه يطلق عنه وليه محمول على البالغ فاسد العقل المجنون وما
[illegible] طلاقه [illegible] محمول على ناقص العقل دون فاقده واما الجواب
[illegible] على السفيه [illegible] خلاف الاجماع ولا يعتبر في صحة الطلاق
الرشد اجماعا [illegible] طلاق السفيه فلو حملت على السفيه يلزم الحكم ببطلان طلاق
السفيه وهو خلاف الاجماع المحقق [illegible] اشترطوا الرشد وكمال العقل
في خصوص الخلع لاشتماله على البذل الذي هو من العقود التي يعتبر في صحتها
الرشد [illegible] انه لا اشكال [illegible] الروايات على ولاية [illegible]
على المجنون في الطلاق فثبت في الاحوال [illegible] بطريق الاولى كما ذكرنا

انه لا اشكال ولا خلاف ظاهرا في ولاية الاب والجد على من بلغ مجنونا او سفيها
في الاموال والنكاح والطارئ عليه الجنون [illegible] بحكمهما على الاقوى كما انه
لا اشكال ولا خلاف في اصل ولاية الصغير للاب والجد هذا اذا كان الصغير
وصل للاب [illegible] اذا لم يكن له ذلك فلا خلاف في ان للحاكم ولاية في مال الولد
له ولاية على تزويجه ايضا [illegible] اشكال وخلاف والمشهور عدم الولاية [illegible] التزويج
واستدل له بعدم حاجة الصغير الى النكاح فلا مصلحة في ولاية الحاكم عليه — فيه وبعيره كم
والمصلحة [illegible] شرائط الولاية وفيه انه لا تنحصر المصلحة بالحاجة فربما
تفرض مصلحة [illegible] الاموال ونحوه الكافية في صحة [illegible] الحاكم فيه
الدليل [illegible] ان [illegible] الاولى [illegible] ان يقال انه يعارض
عموم ولاية الحاكم [illegible] في [illegible] بالاب والجد الشاملة
بعمومها [illegible] عدم ولاية الحاكم فيتعارضان [illegible] فالمرجع الاصل الاولي
القاضي بعدم ولاية الحاكم ولا [illegible] بعد ذلك على ما ذكرنا وهذا الاصل [illegible]
لان عموم ولاية الحاكم يسقط بالمعارضة [illegible] عن الاعتبار فيبقى
الاصل الاولي القاضي بعدم ولاية الحاكم سليما عن المعارض [illegible]
الثاني في تعيين الاولياء [illegible] والاولى
[illegible] ولا اشكال في ان للاب والجد للاب ولاية على الصغير في النكاح و
الاموال [illegible] للاب [illegible] الام [illegible] الاب [illegible] ولاية عليها [illegible]
والمشهور انه لا ولاية له عليه [illegible] تردد
فيه صاحب [illegible] ايضا [illegible]
في المسالك [illegible] ولاية كالجد للاب [illegible] الاب في المسألة [illegible] ولو جعلنا
[illegible] ولاية الجد
ان [illegible] للاب [illegible] الام [illegible] الى الجد للاب [illegible]

وما ذكرنا [illegible] ما استند المشهور [illegible] الاصل الاولي القاضي بعدم ولاية الاب [illegible] في النكاح [illegible] انقطاع الاصل بعموم ولاية الحاكم

لا انصراف مع [illegible] ظاهر [illegible] الاستعمال [illegible] الام مع
كمال [illegible] بالولد وايضا [illegible] لا ولاية لها عليه فكيف
ذلك [illegible] الولاية وان [illegible] عدم ولايتها
[illegible] عقلها وقلة [illegible] ولا [illegible] عنها [illegible] وفيه
الكلام [illegible] في ان الام [illegible] لا ولاية لها ايضا على الصغير اجماعا
مع كمال عقلها [illegible] الام ولا [illegible]
انها مانع عن الولاية فاذا ثبت عدم ولاية الام مع [illegible] بعدم
ولاية ابي الام [illegible] الاولى [illegible] الاجماع العام
على عدم ولاية [illegible] الولد [illegible] الجد المذكور [illegible] ادلة
الولاية هو الجد للاب [illegible] الام [illegible] ذلك [illegible] الجد
للاب [illegible] ذلك [illegible] فلا
[illegible] ولاية الجد [illegible]
المنفي [illegible] الجد للام [illegible] الاصل القاضي بعدم ولاية
[illegible] المشهور [illegible] عدم ولاية [illegible] الاب [illegible] هل يشترط في
ولاية الجد في النكاح بقاء الاب او [illegible] وجوه
[illegible] الصدوق [illegible] الشيخ وابي الجنيد وابي الصلاح وابن البراج
ابن زهرة [illegible] اشتراط ولاية الجد [illegible] الاب [illegible] عليه
[illegible] عنهما [illegible] اشتراط — عنهما وعن جمع
[illegible] بقاء الاب [illegible] العامة [illegible] اشتراط
[illegible] عدم اشتراط بقاء الاب [illegible] الجد بوجوه الاول
الاستصحاب لانه كان وليا في حياة الاب [illegible] فالاصل بقاؤها

واورد عليه النراقي ره في مستنده بان استصحاب الولاية معارض با
ستصحاب حالة العقل وهو استصحاب عدمها الازلي بناء على ما هو الاصل
عنده من معارضة الاستصحابات الوجودية في المجعولات باستصحاب العدم
الازلي الثابت لها وفيه ان ضعف تلك المعارضة مقرر في الاصول في محل
الكلام فيها ليجمع المقام ان اصالة عدم الولاية الازلي قد انقطع قطعا
بثبوت الولاية مع بقاء الاب حيا ولا وجه لعوده بعد الانقطاع فلا تجري
لاستصحاب العدم الازلي بعد انقلابه بالوجود حتى يعارض استصحاب
الولاية نعم يعارض الاستصحاب المذكور استصحاب عدم ولاية الجد في بعض
الموارد كما اذا كان الاب مجنونا او رقا او كافرا فانه لا ولاية للجد في
تلك الاحوال فيستصحب عدم الولاية ويعارض استصحاب الولاية بضميمة
الاجماع المركب حيث انه اذا ثبت ولاية الجد في مورد يثبت في سائر الموارد
التي هي محل وجودنا حرفا الاجماع المركب لو ارتضيته يجب الاصل بالرجوع في كل مورد
الى استصحاب الحكم فيه ففي مورد ثبت عدم ولاية الجد كما لو كان الاب مجنونا
مثلا فالمرجع فيه استصحاب عدم الولاية وفي مورد ثبت الولاية كما لو كان
الاب عاقلا فالمرجع استصحاب الولاية فيرتفع التعارض نعم لانه انما كان
بملاحظة الاجماع المركب فاذا تخالفا يجب الاصل الجاري في الطرفين
فلا يبقى للمعارضة مجال ولو سلمنا ذلك فيتعارضان ويتساقطان
فالمرجع الاصل الاولي القاضي بعدم الولاية وان قلت فالوارد الممكن
للجد ولاية فيها نظرا الى جنون الاب او كونه او رقا فيها استصحاب الخلفي
فاحض بولاية مطلقا بالحق انه لو فرض كون الاب مسلما او حرا او عاقلا
لكان للجد ولاية ولا يعارض ذلك الاستصحاب الخلفي استصحاب عدم الولاية

ولاية الفعلية لانه قبل دافع للشك بالنسبة الى ما طرى في محله
فيقدم الاستصحاب الخلفي على معارضه قلنا فلا يمنع اجراء
الاستصحاب الخلفي في جميع الموارد بل قد يفرض موارد لا يجري فيه
الاستصحاب المذكور كما لو كان تولد في الرحم وقد مات ابوه فانه لا
ولاية للجد عليه حتى لا تعليقا ولا فعلا فيستصحب عدم الولاية
ولا يعارض باستصحاب الولاية بضميمة الاجماع المركب الى اخر ما ذكرنا
وثانيا ان الاستصحاب التعليقي لا حجية له على التحقيق لانه يشك
في المقتضي اذ مرجعه الى بقاء الحالة الموجودة كالرقية والجنون ونفوذ
عدمهما في ذلك الوقت على بقاء الحالة فلا جرم يصير الشك فيه شكا في
المقتضي كما لا يخفى ولا حجية للاستصحاب فيه على ما تقتضيه التحقيق ممن حقق ما ذكرنا
انه لا وجه لاستصحاب ولاية الجد لكان المعارض ان شاء الله فان الادلة
الدالة على ولاية الجد القاضية بولاية مطلقا كان الاب موجودا ام لا
واورد عليه الفاضل المذكور بمنع الاطلاق اذ لم يرد في ولاية
الجد حتى في مورد كان الاب حيا ولا يجري دليلا مطلقا للولاية والامر كما
ذكره اذ كلما تتبعنا لم نجد رواية مطلقة بل ورد جميعها فيما اذا كان
الاب موجودا ثالثها الاخبار المستفيضة الواردة بتقديم الجد على الاب
عند التعارض فاذا ثبت الولاية عند المعارضة وعدم عليه نفي صدم
المعارض اولى بالاطلاق ما اورد عليه بانه وجه اعتباري ضعيف لا اعتبار به
ووجه ضعفها ان ولاية الجد ولاية عرضية ثابتة في ولاية الاب لا في طول
الابوة لمن له ولاية على الاب فاذا مات الاب فقد زال ما يثبت عنه ولاية

الجد ومع تقدمه على الاب عند التعارض لا دليل على ثبوت ولاية الجد
عن الاب كان عدم صاحب شرعيته حيث ان لسان ثبوت الاقوى دون الجد
لا يورث في ولاية الاضعف فكيف يقول ثبوت الاضعف في الاقوى
لان تقديم الجد على الاب في الروايات انما هو بملاحظة احترامه حيث
انه لا ينبغي للاب مخالفة الاب وجعلها وصفته لا ان ولايته اقوى من ولاية
الاب فالاقتصار على ذلك الوجه في غاية الضعف لا يصلح ان يكون اليه
ولا يعتمد عليه الرابع صحيح ابي سنان عن الصادق عليه السلام الذي بيده
عقدة النكاح ولي امرها وتقريب الاستدلال ان اطلاق انما وقع
تخصيص له ولاية في النكاح ما جاء بالاب وولاية في النكاح
هو الاب وله ولاية في الاموال والمراد من ولي امرها هو الولاية في الاموال
وقد ثبت بالاجماع ولاية الجد في الاموال مطلقا فله ولاية على النكاح
بحكم الرواية لانها تدل بمجموعها على ان كل من له ولاية في المال ثم
النكاح فيه خرج عن تحت هذا العموم مثل الوصي والحاكم من الشهادة
وبقي الباقي واورد عليه النراقي اولا بان مفهوم رواية الفضل بن
عبد الملك عن ابي عبد الله عليه السلام ان الجد اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها
حيا وكان الجد مرضيا يخصص بها العموم حيث انها تدل بالمفهوم على
عدم جواز التزويج اذا لم يكن الاب حيا فيخصص الجواز المستفاد من هذا
العموم بما اذا كان الاب حيا واورد عليه بضعف هذا المفهوم لانه اما
مفهوم الحال او الصفة وكلاهما ضعيفان وفيه منع ذلك بل هو مفهوم
الشرط اذ لا معنى لهما ظاهرا اما الاول فلفقد كلمة قد المعتبرة في

المعتبرة في الجملة الحالية واما الثاني فلان جملة كان ابوها حيا ليست مما تقبل
ادوات الشرط التي هي المراد في صدق الجملة الشرطية لمكان تعصف
المصنف يدخل اذا عليها فعلى الجواز على حيوة الاب فتعين كونه من
قبيل مفهوم الشرط الكرت عليه ان مفهوم الشرط فان كان قويا الا
انه مشروط بما اذا لم يكن للشرط فائدة اخرى فلا دلالة للكلام على
المفهوم ويمكن ان يخرج فائدة على هذا التعليق وهو الرد على العامة من اعتبار
الجد وفقد الاب عند العامة والتنبيه على انها جعلها مانعا عن ولاية الجد ليس
بما نعوا الرواية المذكورة غير قابلة لتخصيص العموم المذكور وقلنا مع
دلالتها على المدعى حيث ان النظر فيها من جهات اخر منها منعها لهاء ودجه
الاستدلال بها اصلا حيث ان البيان لتخصيص من له ولاية في المال مكانه
وقع السؤال عن الولي في المال ما جاء بان من له عقدة النكاح هو ولي امرها
في الاموال ومنها انها ان ولاية في النكاح الملازمة لتفسير الدليل
الاخر وفيه اولا انه خلاف الظاهر [illegible] بعد الطلاق [illegible] ان الانكم
انه عم في مقام بيان [illegible] من له ولاية في النكاح فله ولاية في الاموال
حيث انه في مقام اعطاء القاعدة الكلية [illegible] الاثم [illegible] للاخر
واذا ثبت ولاية الجد مطلقا في الاموال ثبت ولاية مطلقا في النكاح بالاجماع
الملازمة المستفادة من الرواية وقد نقطع [illegible] المذكورة لما توجه
من هذا الاحتمال [illegible] ثانيهما ان يكون المراد من ولي
امرها من له ولاية في النكاح والمعنى ان بيده عقدة النكاح هو ولي
امرها فيه وهذا الاحتمال لما كان بظاهره [illegible] وهو الذي [illegible]

الاصحاب الى حمل ولى اذارها عن الولاية في الاموال الا انه بنفع الكل على
الى حد ما ارتفع به عن اصل الظلم لعبارته يحمل احدهما على المعنى اللغوي
ولا بعد عن الاصطلاحي ولكن لا نضاف الى الاحتمالين مضافا الى عدم
صاحب منها الاول منهما بهذا المعنى الظاهر ولا خفاء في ظهور الرواية
في المعنى الاول الذي عليه حملها السند ولا يثبت بها عدم اشتراطها
في ولاية الجد بابنا لكنه لو فقد الاب ونفيا الجد عمل ابوه او جده بشاركه
معه في الولاية او يختص الولاية بالادنى وهو الجد فيه وكان ملحقا في
حكاية شيخنا العلامة رفع مقامه ونظر فيه العلامة قده في مختلف
القواعد والمحقق الثاني ره في جامع المقاصد واستدل للمشاركة
بوجوه الاول الخلاف ما ورد ان مال الولد للوالد على اختصاص
مال الصغير بوالده ولازمه ولايته في التصرف عليه بالبيع والشراء
ونحوهما لو فرض مال الولد للوالد ان اظهر في العموم واوضح اثبات
الولاية والثاني قوله ع انت ومالك لابيك حيث يقتضي مضافا الى اختصاص
مال الصغير بالاب اختصاص نفسه له ولايته في النكاح وفيه في الكل نظر اما
في الاول فلانه لا اطلاق في قوله للوالد لوجهين احدهما ان وضع الحروف
وضع المبهمات ولذا اجمعوا على ان المبهمات مما لا يتسبب لها الاطلاق ولا عموم ومنها
ان معاني الحروف معاني ابية ولا تلتفت مستقلا فيها ذاتا وحملا فالقدر المتيقن
والاختصاص ما للولد للوالد وهو جواز اخذه مقدار قوته مع ضرورته فاذا اضطر
اليه اذ لا يجوز للوالد المعوك للاكل لمال الصغير اجماعا ما ولو بارادة التعلي
مال الولد للوالد في الجملة وهو مقدار ما يسد به رمقه ويشهد على ذلك قوله

قوله ع في رواية الحسين بن ابي العلاء قلت لابي عبد الله ع ما يحل
الرجل من مال ولده قال قوته بغير سرف اذا اضطر اليه قال فقلت له فقول
رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الذي اتاه فقدم اباه فقال له انت
ومالك لابيك فقال ع انما جاء بابيه الى النبي ص فقال يا رسول الله
هذا ابي ظلمني ميراثي عن امي فاخبره الاب انه قد انفقه عليه وعلى نفسه فقال النبي
انت ومالك لابيك ولم يكن عند الرجل شيء او كان رسول الله ص يحبس الاب
للابن وبالجملة فلا اطلاق ولا عموم فيها حتى يثبت به جواز جميع التصرفات
في مال الولد منها للوالد لما الاطلاق فهي بالنسبة الى الاستفادة منه بمعنى ان
انه يجوز للوالد ان ينتفع بمال الولد بحيث ما شاء واما الولاية بمعنى السلطنة
على التصرف في الاموال في البيع والشراء ونحوهما بحيث يقوم مقام المالك
فلم يثبت ذلك اذ جواز انتفاعه بالمال اذن فواضح مبني جواز الانتفاع عن
ومبنى الولاية ولا يجوز التعدي عن جواز الانتفاعات بمال الولد الكلما ثبت
للوالد من الحقوق من حقوق الوالد في الجملة لا بنه على حاله مزودة انه تعقب الحقوق
ابني الولد بحق الشفعة والخيار ونحوهما للوالد والولاية على المال لو لم نقل بكونها
حكما كما هو الا قوى فلا اقل من كونهما من الحقوق ويؤيده ذلك ان مورد الرواية
الرواية المذكورة صبا عرفت هو الكبير البالغ لا يسيره ولا واضح انه ليس للوالد
ولاية على الكبير في العقود والانكح كما لا يخفى وكذا الكلام لو فرض مال الولد ضو
للوالد اذ ليس الموصول باقيا على عمومه اجماعا بل المراد هو المال فالحال الاول
فالاجارة الا اطلاق فيها بالنسبة الى الاستفادة كما هو ظاهرها واما الثاني فلا قوله
انت لابيك محمول على ظاهره قطعا بل ادعي انه ليس رقبة الولد مملوكه للوالد
بل يحمل ذلك على التنزيه او الموعظة وانه ينبغي للولد احترام الوالد فلا يجوز في الحكم

لا منافاة بين ولانه موهوب له نظر قوله نعم يهب لمن يشاء اناثا ويهب
لمن يشاء الذكور واما قوله وما لك لابيك فالكلام فيه هو الكلام في الاول
من انه مجاز ولا يفيد واما الثالث فلمنع الملازمة اذ لا يحل جميعا لو لم يحل
كلما ورد فيه ثم بحجابة الاب نحوه فلا يشمل الجد وابوه ولا نصراف فيها الى
الجد ثانيا لان وجود الجد وفقدانه وجد الطبيعة مع لصغر وجود كل او فقيه
له اذ قلما يتفق ذلك ولم ينقل ثبوتها لنه عادة بل لا حظ فضل الاعمار
الا في الرجوع ما ذاك وجوده في غاية الندرة بل كاد ان يكون محالا
معدوما فكيف يحمل الاطلاق مع انصرافها الى ما هو شايع الغالب والجد
بلا واسطة واما الرابع فلان الاسندة ليست لاثبات ولاية الجد في النكاح
منقولة عن الى الاصول الصادرة وانما هي لدلالته على ان كلامه والاثر على
الاصول منبئ عن عقد النكاح واما ان الجد له ولاية في الاصول فبعد
عن بيان اثباته ولا بينه بين تلك الصادرة على عينها كالاجبار
الوجوه المذكورة لاثبات مشاركة الجد مع الجد فالولاية كلها ثابتة
وما نرى في كلمات الاصحاب ومعاقد الاجماعات من اثبات الولاية للجد وان
علا محمول على ما اذا لم يجامع الاقرب الادنى واما ان جامع معه فلا دليل
ولا بيان على الاقوى هو عدم ولاية الجد مع وجود الجد الادنى السليم الخالي
المانع بعدم ولا نص صريحا في المسألة بان اولى الارحام بعضهم اولى ببعض
ينفي ولاية البعيد بل يخص ولاية الاقرب لكان اولى هو التفصيل
الاشتراك في السبب اذ الظاهر ان المراد به هو الوصف ونظير قوله فلان احق
بالاجر الاخر ولان المراد لا اثبات ولاية اولى الارحام بعضهم
ونفي الاجانب ولا نظر له الى التفصيل ولاية اولى الارحام لان هذا الاحتمال

الا احتمال مضاف الى مخالفته لظاهر الآية مخالف للاجماع اذ لا قائل بكون
الاقرب والبعيد في اولى الارحام في مرتبة واحدة الا الاكثر مع انه يمكن
اجماعا فتبين ان المراد منها هو اثبات الولاية للاقرب ونفيها عن البعيد الا
حاز الولاية فيهما من الفرض ولانه وشك انها للاقرب وحده او للبعيد
نفهم الطرفية برجح على البعيد وذلك فيطلق معهما الا بحيث اذا المكن
مقام الدوران كما فيما نحن فيه ويحتمل ان يكون كلاهما ولهم فلا نسف الآية
ولاية البعيد لا نفي انحصار الولاية بالاقرب في المرجع لنفي ولاية البعيد
هو الاصل هذا كله اذا فقد الاب واما مع وجوده فقد حكي نسبة العلامة
نفي عدم الخلاف في مشاركة الجد وان علا مع الاب وتنظر فيه صاحب
حيث قال ونفي بعده الحكم الى اب الجد وجد الجد وان علا مع الاب نظر ولعل
الملازمة انما تدل بتقتضيه وحيث لم يجبر الفاضل بعينا بناء الحكم في عدم
الرابعة فنقول انه اذا تعارض الاب والجد في النكاح يقدم الجد على
الاب بلا خلاف للنصوص الواردة في تقديمه عليه واما اذا تعارضا
في الاصول كالبيع والشراء ونحوهما فهل الحكم كما في النكاح ام لا فيه وجوه
بل اقوال الاول تقديم الجد على الاب لثبوته في باب النكاح فيثبت في المقام
بالاولوية وقيل بتقديم الاب على الجد لانه اولى الارحام الدالة على اولوية
الاقرب على الابعد وقيل يتعارضهما ويتساقطهما كما ان يقتضي القاعدة نزاع
الاسباب ... وهو الاقوى لضعف الاول لان الاولوية المذكورة
ظنية تعيين الحكم وهي منتفية المناط القطعي ... واما
الثاني فضعيف لان الآية على تقديم الاقرب على الابعد اذ وقع في انزلها لان
بعض اولى الارحام اولى بالميت من الاجانب وان ترجيح بعض الاولياء على البعض فلا

[margin note, left of line 5 onward:]
مثل الآية على ولاية القريب
لا البعيد لا فرق في ذلك
بين كون لفظ الاولى
للتفضيل او للوصف اذ
المراد انه عند دوران الولاية
بين القريب والبعيد

فلا دلالة للاية عليه وما حكي عن كاشف الغطاء من ان الاقربية شيء غير
ثبوت تشخيصها على بيان الحكم مدفوع بمنع كون الاقربية شرعية بل هي
عرفية ولا خفاء في ان الاب اقرب عرفا من الجد فلو ذكر في الاية لفظ الاقرب
فلا جرم يحمل على الاقرب العرفي فظهر ان الاقوى هو ثبوت الولاية لهما وسيجيء
الخامس لو تعارض تصرف الجد مع الجد في النكاح او الاموال ففيه ايضا
وجوه ثلثة مستفادة مما ذكرنا والاقوى فيه ما قويناه هناك من التساقط
فلا نطيل بالاعادة المقصد الثاني في شرائط الاولياء وفيها مسائل
الاولى لا اشكال ولا خلاف في اشتراط ولاية الاب والجد بالاسلام اذا كان
الولد مسلما فلا ولاية للاب الكافر على الولد المسلم والدليل عليه بعد الاجماع اية
نفي السبيل وما ورد ان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه وهل يشترط الاسلام
اذا كان الولد كافرا فلا ولاية للكافر على ولده الكافر او لا يشترط ذلك بل يختص
الاشتراط بما اذا كان المولى عليه مسلما ظاهر الحلاف في عبارة المحقق وغيره
اشتراط الاسلام ولو كان المولى عليه كافرا ولا يخلو الحلاف في كلمات الفقهاء
لشمول الحلاف الاخبار حتى يكون لدعوى الاطراف فيها مجال وخالفه في ذلك صاحب
الجواهر واستدل للولاية بوجهين احدهما قوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء
بعض والثاني الحلاف فيما دل على ولاية الاب والجد فيقتصر في تخصيصها على عدمه
حيث قال لو كان الاب كافرا والجد مسلما اختص الولاية به للتكون بينهما نظرا اما
في الاول فضعف دلالة الاية بعدم ظهورها في الولاية المصطلحة بل يحتمل ان
تكون المراد بكفار بعضهم اولياء وظهير بعض في الحرب مع المسلمين او في غيره
فليس لها دلالة ظاهرة في الولاية بمعنى السلطنة في الاموال والنفوس واما

واما في الثاني فلمنع الاطلاق اولا ودعوى الانصراف غالبا اذ كل ما ورد و
رفع السؤال فيها انما هو في المسلم خاصة كالاخبار الواردة في الولاية فالمعول
ح هو الاصل القاضي بعدم الولاية الا بحكم مضاف الى منافاة الالتزام
بها لمناط الولاية للاب والجد حيث ان مناط الولاية هو الشفقة على الولد
ادارها في الولد دون الامور الظاهرة الكافر ليس اهلا للشفقة ولا الارفاق
الثانية هل يشترط في الاب الحرية ام لا الظاهر انه لا خلاف في اعتبارها
فلا ولاية للاب اذا كان رقا ولو كان ابا ونقل الاجماع عليه في مسئلة العبد
الاصل ايضا لانه لا يقدر على شيء ولو لا خلاف في الاجماع لامكن المناقشة في الاستدلال
بالاية لعدم ولاية الوفاء بها مفوضة بجملة من الموارد التي للعبد سلطنة فيها
كالقضاء والطلاق وبعض الامور التي يقدر العبد عليها فتطرق الاية
بملاحظة موارد النقض وجملة الدلالة بسبق الولي اليها في اثبان عدم ولاية
المملوك مع وجود الخلاف في الاب والجد الفقهاء طبق الاصل وان كان فيها
ما ذكرنا في شرط الاسلام الا ان الظاهر الاجماع وعدم وجود المخالف في
المسئلة يغنينا عن الكلام فيها المناقشة في الدليل الثالثة هل يشترط العدالة
في ولاية للحاكم لا فالمشهور عدمه اعتبار العدالة في الولاية وعن الكوفية
والايضاح واعترافها مستدلا في الاخير بانها عدة بفقد الغرض كان الغرض حفظ
ولاية الاب والجد هو منع مصالح الولد وحفظ امواله ويجعل من حكمة الصانع
ان يجعل الفاسق الذي لا يدفع عن نفسه ولا يصبر غير ذلك والياضا يقبل اقراره امانة
وغيره واضافه انه عنه واورد عليه بان جعل الحاكم ولاية يوجب نقض الغرض
لان الحاكم ناظر عليه ومسيطر له النظر والتجسس في امره فان رأى منه خيانة

ولا علم منه

ورد في ان ... منها اذا ... ملاقاة

ولو فعله مفسدة راجعة الى الصغير عزله ويرجع الولاية ابيه وهذا الذي
نعتبره احل عن الصواب ضرورة انه لا يجوز للحاكم العزل في امر الصغير
ليس يستبين عن غيه وصلاحه عن فساده كي يفرغ عن صنعة الخيانة فجعل
الحاكم مسيطرا على الولي كما في خلاف المذهب بعضهم لو تبين خيانته
عزله ويحرز تبين خيانة الموجبة لعزله في بعض الفروع النادرة لا يرجع محذور
نقض الغرض الوارد عليه في جعل الولاية الفاسق الذي لا يؤمن تصرفاته على الصغير
ولكن الصواب في الجواب ان يقال انه لا وجه لاشتراط العدالة في الولي الا
قلنا باشتراط المصلحة في تصرفات الولي والا او ما لو قلنا بعدم اشتراط
المصلحة وكذا عدم المفسدة كما يحكى بان يكون مناط الولاية الولي الاجباري هو
الاشفاق عليه فلا اشكال في صحة تصرفات الفاسق الولاية اذ فرض تحقق اللازم
على الولاية صدور ما فيه مفسدة عنه والمفروض عدم كونها مانعة وقلنا
باشتراط المصلحة في تصرفات الولي كما هو الاقوى فاشتراط العدالة في
الحكم الا احراز المصلحة في تصرفاته لا يجب حيث ان العادل لا يصدر عنه ما
يكون بالمفسدة فيحكم بصحة تصرفاته لعدالته لو ادعته على احداثه مفسدة او
تفويت المصلحة الواقعية التي هي شرط في صحة التصرف نافعا وعلى التقدير
لا دليل على اعتبار العدالة الا على احرازها فلانه كما يحرز المصلحة ويصح بالعدالة
كذلك يحرز باصالة الصحة الجارية في فعل المسلم المحتملة للصحة والفساد
المقتضية لحمل الامر المسلم على احسنه ان لا يكون ما صدر عنه مفسدا فلا تتوقف
احرازها على العدالة بل يحصل ذلك بالاصل ايضا واما على التقدير الثاني
فالعبرة في صحة التصرف بالمصلحة الواقعية لو كانت موجودة في الواقع

موجودة في الواقع فالتصرف صحيح سواء صدر عن العادل او الفاسق
وان كانت مفقودة في الواقع فالتصرف باطل ممن صدر عن
العادل او الفاسق ودعوى ان العدالة لها موضوعية فرجعيا
الحكم بها شرطا تعبديا واثبات دون ذلك خرط القتاد لانه
يحتاج الى دليل قوي وما اعتبار العدالة في الطبارات فانه قائم
ثم نلحق به الدليل المذكور وقضيته انه لا يشترط في قبول الاخبارات والاقرارات — بعد الطول
شرعا العدالة لانه قد ورد في الشريعة مواضع يسمع اخبار الفاسق
واقراراته كما لو ادعى الفاسق حيث انه يسمع منه ما ادعى من النعت ونحوه
بلا اشكال وكذا اعتبار قول الخبرة في التقويمات ونحوها ولو كان
فاسقا مما لا مجال لانكاره فكم من تلك الموارد التي لا يعتبر في قبول
الاقرارات فيها بين العادل والفاسق وعدم اعتبار العدالة في المخبر
ثم ما لا يقوى عدم اشتراط العدالة للاصل والاطلاقات وتحقق
الاجماع المحكي في كرة على ان للفاسق ولاية في التزويج والوطء لاعتبار
المذكور فاتضح ان الاشتراط المتقدم الثالث في شروط
التصرف هل يكون في صحة تصرفات الولي الاجباري عدم المفسدة او اشتراط
فيها المصلحة او لا يشترط شيء من المصلحة وعدم المفسدة وجوه اجودها
اوسطها وفاقا لجماعة من المحققين كالمحقق والعلامة والشهيدان
والمحقق الثاني وغيرهم بل عن الفاضل الهندي في شرح الروضة
ان المشهور في عموم الحكم باعتبار المصلحة دون استثناء واستظهر في
محكي مفتاح الكرامة عبارة كرة في باب الحجر نفي الخلاف في ذلك

وعدمه بعد الفراغ والتكلم فيه

بل العموم لبعض اولا ان الكلام في اشتراط المصلحة في تصرفات
الولي الاجباري ثم بعد ما قلنا بعدم اعتبارها في غيره من سائر الاولياء
والا فلا مجال للتكلم في اشتراط المصلحة في تصرف الولي الاجباري اذ
بعد ما قلنا بعدم اعتبارها في غيره بعدم اعتبارها فيه بالطريق
الاولى اذا عرفت ذلك فها لدليل على المختار وجوه الاول الاصل القاضي
بعدم ولاية احد في التصرف في مال الغير خرج منه الولي الاجباري
والقدر المتيقن الخارج عن تحت الاصل ولايته في التصرفات التي فيها
مصلحة للصغير واما في غيرها فلطشه عنها ممنوعة بحكم الاصل ويحكي
التمسك ايضا باصالة الفساد وعدم تاثير الاسباب ذلك عند اشتراط
سببيتها وتاثيرها بالمصلحة فتامل الثاني ظهور الاجماع المحكي عن
مفتاح الكرامة لبعض شيوخه فيها في القواعد على الخلاف السابق كان
ذلك مقتضى اصول المذهب حيث قال لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل
الا بما يكون فيه صلاح المال ويعود نفعه الى الطفل دون المتصرف نفسه
وهذا الذي يقتضيه اصول المذهب فتلك العبارة انه لم تكن اعظم
من الاجماع فلا تقصر عنه الثالث قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا
بالتي هي احسن حيث حصر التصرف في مال اليتيم بما فيه حسن وصلاح الرابع
الاخبار المستفيضة الواردة في اناطة جواز تصرفات الولي بالمصلحة
وسيجيء ذكرها ان شاء الله تعالى في حال سائر الاولياء فتلك الوجوه
كلها دالة على اعتبار المصلحة في تصرفات الولي الاجباري ولا مايز
بينه وبين غيره من سائر الاولياء ولا مخرج له عنها عدا وجوه
ضعيفة تشبث بها بعض الفقهاء وكلها عدم المفسدة في التصرفات

التصرفات احدها اطلاق ما ورد عن النبي صلى الله عليه وآله من ان
الولد وماله للوالد فانه باطلاقه يدل على جواز تصرف الوالد
في مال ولده كيفما شاء وفيه ما لا يخفى من منع الاطلاق بل و
عدم قابليته للاطلاق في الموضوع ... عليه في صورة
هو الولد الكبير الذي قام الاجماع على عدم ولاية الوالد عليه فهو
محمول على احسان الوالد في مال الولد مقدار مؤنته الذي يضطر اليه من
غير سرف كما يشهد بذلك رواية ... ولا ولاية له عليه وثانيها ان الوالد
في التصرفات اصلاء مضافاء الى الولاية في التصرف فتثبت بها جواز اقتراض
الوالد من مال الولد مطلقا من غير ان يتقيد باشتراط المصلحة سواء كان فيه
مصلحة للولد او لا للاخبار الكثيرة الحجة في الاقتراض على سبيل الاطلاق
فاذا جاز الاقتراض مطلقا يجوز سائر التصرفات ايضا وفيه اولا
منع جواز اقتراضه من مال الولد مطلقا بل يمكن ان يتقيد باشتراط المصلحة
فيه ايضا فيما شاء باقتراض سائر الاولياء من مال الصغير حيث انه
يشترط فيه المصلحة على احد القولين بل على المشهور مع انه لا مدرك
لجواز الاقتراض الا الاخبار والمقر ... اشتراطه فيها بالمصلحة
فيها امكن ذلك ... عدم الاطلاق فيها وثانيا لو اخذ باطلاق الاخبار
فيبتني الحكم بجواز الاقتراض من مال الولد ولو كان فيه مفسدة ايضا مع
ان الظاهر انه مما لم يلتزم به احد اللهم الا ان يقال بخروج صورة المفسدة عن
الاطلاق بالاجماع وان كان تحققه غير حاصل وثالثا لو سلمنا
الاطلاق فيقتصر على ما ثبت به جواز الاقتراض خاصة مطلوبا عنده

الاقتضاء فيما يخالف الاصول والقواعد على مورد النص فيقتضي جواز
تخصيص الحكم بالافتراض واما التعدي عنه الى سائر التصرفات فلا مقتضى
له الا ان في المرض توسعة فان الوصية لا تكون في غيره كما لا يجوز على
تفويع فالاعتبار ثانيها ما دل على جواز تقويم جارية الابن على
نفسه وفيه ايضا ما مر انه حكم تعبدي ثبت بالنص على خلاف القواعد
فيقتصر عليه او يتعدى منه الى غيره مما يلحق بالوجوه المذكورة غير ناهضة
لاثبات كفاية عدم المفسدة في تصرفات الاب والجد مميزة له عن سائر الاولياء
فالمتبع هو الاصول والقواعد والاطلاقات وقد عرفت ان مقتضاها
اعتبار المصلحة في التصرفات مطلقا فقد يستفاد ايضا لكفاية عدم المفسدة
بفحوى الاجماع القائم على جواز تزويج الاب ولده الصغير وفيه اولا منع الاجماع
فيجوز مع عدم المصلحة وثانيا منع الاولوية القطعية والظنية لا عبرة بها على
التحقيق تذنيب قال المحقق في بيع ويجوز لهما ان يتوليا طرفي
العقد فيجوز ان يبيع عن ولده وعن نفسه ولده وعن ولده نفسه واما
الوكيل فيمضي تصرفه على الموكل ما دام الموكل حيا جائز التصرف انتهى وها
مسائل احدها تولي الولي الاجباري طرفي العقد فيجوز ان يبيع الشيء عن ولده
والثانية تولي الوكيل طرفي العقد وذلك اما في النكاح او في البيع اما
المسألة الاولى فالظاهر انه لا خلاف ولا اشكال في جواز توليه لطرفي العقد
بان يبيع نفسه عن ولده او بالعكس بل الاجماع بقسميه عليه ويدل عليه بعد الاجماع
والعمومات والاطلاقات اخبار تقويم جارية عليه وافتراض ماله وهم
احد طرفيها فذلك مع ما حكي عن بعضها من المناقشة في السند الاشكال
في صحته واستدل على ذلك تارة الى منع كونه عقدا لانه عبارة عن المعاهدة

والمعاهدة القائمة بالاثنين والصادرة من شخص واحد خارج عن حقيقة
العقد واخرى الى انصراف الادلة الى ما صدر من الطرفين وثالثا انفساخ به كالاول
بالولي بل يجري في كل من يتولى طرفي العقد وليا كان او وكيلا وفي كليهما نظر
بل منع اما في الاول فلانه يكفي في صدق العقد والمعاهدة اختلاف
الحيثية والمغايرة الاعتبارية فالولي من حيث نيابته عن المولى عليه
ومن حيث اصالة عن نفسه فيصدق عليه العقد بتلك الحيثيتين المتغايرتين
الكافية في تحقق العقد الانفعال والقابلية والفاعلية واما
في الثاني فلانه لا مجال للتصور الانصراف في العمومات لما قرر في محله ان
العام يشمل بعمومه لجميع الافراد متعارفة كانت او نادرة وانما اختص
الانصراف بالمطلقات وعموم اوفوا بالعقود كاف في اثبات صحة ما
صدر عن الولي فلا ينبغي الاشكال في صحته ثم واما الوكيل ففيه اقوام
المنفرد ببطلان تصرفه بموت الموكل ولم اجد خلافا في ذلك لانقطاع
اذنه بالموت وان لم يبلغه الخبر الا بعد التصرف لانتفاء علقته عنه فاما
وصحته مع العلم اذا لم يبعه اجزاه هو المنصوص لانتقال المال بموته الى الورثة
فلا مال له حتى يبيع عنه او يشتري له بموت الموكل كون الوكيل يبطل الوكالة
وكذا يبطل تصرفه لو خرج الموكل عن جواز التصرف بجنون او اغماء او سكر وغيرها
لا اجد خلافا ولا مستشكلا في بطلان الوكالة بذلك وفي عدم عود الوكالة
بعد زوال المانع بل في ذلك انه موضع وفاق والحق فيه الوكيل اذا زال عقله
بجنون او اغماء او نحوهما وادعى ايضا انه موضع وفاق في ان الوكيل كحال
الموكل فانه اذا بطل بهما الجنون ونحوه مما يزيل العقل فلا يمضي تصرف الوكيل
لا من حال حياته ولا بعد زوالها الا انه اشكل في ذلك جواز تصرف الوكيل بعد

بعد عود عقله ونحو ذلك الا انه نظرا الى بقاء الاذن العام في الموكل يكون
نفوذ تصرف الوكيل فانعقد كما في صورة الخطاء فتدبر وفيه اشكال لا يخلو من ان الموانع
في الوكالة ينفي حكم الاصحاب فيها بعودها بعد ارتفاعها كعود الوكالة بعد
انقضاء الاحرام المانع عن مضيها في النكاح وعودها بعد الاعتكاف المانع
عن البيع وعودها فيما اذا حصل العزل بوقت معين وهكذا سائر الموانع الزمنية
التي تعود الوكالة بزوالها وارتفاعها وهذا الاشكال وان كان بظاهره
له قوة وجه حيث ان مقتضى ما ذكر من ارتفاع تلك الموانع عدم نفوذ تصرف
الوكيل مع بقائها واما مع زوالها فالمقتضي لصحة التصرف موجود وهو اذن الموكل
موجود لفرض بقاء مصلحة في البيع ونحوه الباعثة لتوكيله والمانع عنه مفقود
ومجرد ارتفاع عنوان الوكالة لا يوجب ارتفاع الاذن العام الا ان عليه لو علق
الوكالة بشرط صحيح او ما بني على البطلان لتعليق فيها بحكم ببطلان الوكالة
وبقاء الاذن ... منها ... اذا انتفاء الخاص لا يوجب انتفاء العام
الا انه بعد التامل فيما ذكر وجه لهذا الاشكال لا ينبغي الحكم بزوال الوكالة
والاذن وانه بطرو ما يزيل عقل الوكيل ... في الاحكام الشرعية صغيرة
تكليفية على جهة عقلائية المكلف وما يقوم مقامه ... فاذا طرأ ما يزيل
ذلك فقد ارتفع موضوع الوكالة والاذن فاذا حدث فهو موضوع جديد حادث
مغاير للاول كما لو مات الوكيل ثم احيى بالاعجاز او مسخ ثم رد على خلقته الاصلية
فيلتزم بعود الوكالة او الاذن فيهما في حال الجنون والاغماء لحكم المزيل للعقل حال
ما ... الرافع للموضوع فانه لو افاق عن الجنون والاغماء موضوع حادث مغاير
للاول فلذلك لا يبطل الوكالة بالنوم لانه لا يصادم عقل الذي هو الملاك في الوكالة
وبعبارة اخرى يخرج الوكيل بطرو المذكورات عن قابلية الاذن من الوكالة فلم يبق اذن

اذن عام في البين يعود وبما ذكرنا يظهر الفرق بين المانع العقلي والمانع الشرعي
اذ صرورة المانع الشرعي كالاحرام لا يرفع قابلية الاذن فلذلك تعود الاذن
بعد ارتفاعه كالاحرام والاعتكاف بخلاف المانع العقلي فانه يرتفع به قابلية
فعود القابلية للاذن يحتاج الى دليل وتوكيل جديد كالاذن جديد فيما نحن فيه
المقام بالاعتكاف والاحرام قياس مع الفارق فلا ينبغي الاشكال في عدم
تصرف الوكيل بعد زوال المانع عن الجنون والاغماء ونحوهما من الاشكال
في عدم ... اذا زال المانع المذكور عن الموكل وكيف كان فهل يجوز للوكيل
ان يتولى طرفي العقد في البيع ام لا وهنا ايضا مسئلتان اوليهما ان يطلق
الموكل الوكالة بان يقول اشتر لي ثوبا مثلا ولم يعين خصوص من الوكيل و
الثانية ان يكون المقصود هو الوكيل خاصا اما بتصريحه كان يقول اشتر لي
ثوبا من مالك او باعلام الوكيل بعدها وكله بان اشتري لك مالي
اما الاولى فيها فلا يجب على اطلاق الوكالة شامل للوكيل وغيره على
انصرافها الى غيره والمفهوم لكان الانصراف الذي ... لا انكاره لانه ...
الشايع كما سيذهب الى ذلك ... حيث لا نظر للموكل الى
الوكيل ابدا واما الثانية فهو جواز تولي الوكيل طرفي العقد خلاف المشهور
كما ذكره هو المصرح من الظاهر اكثر المتاخرين ولعل الخلاف فيه عن الشيخ ره
في المبسوط وموضع من الخلاف وابن ادريس في السرائر حيث حكموا بالفساد وان اعلمه
واستدل لعدم الجواز بوجوه الاول منع صدق العقد عليه لانه عبارة
عن المعاهدة القائمة بالاثنين فلا يصدق على ما لو اتحد الموجب والقابل
وفيه مضافا الى ما عرفت في الولي المتولي لطرفي العقد كما في الجنبة للمغايرة
في صدق العقد انه لو كان مجرد ... هو اتحاد الموجب والقابل ... فيه ...

توكيل الوكيل للغير في الايجاب بقصد البيع من شخص الثاني انصراف
ادلة المعاملات الى ما صدر من الاثنين وقد عرفت انه لا مجال لدعوى
الانصراف في العمومات كاوفوا بالعقود لان العام شامل بعمومه الوضعي
لجميع الافراد غالبة كانت او نادرة ثم مع انه لو كان الوجهان المذكوران
منشأ لخفاء العقد ينبغي الحكم بالخفاء في الولي ايضا لجريانهما فيه مع
انه لم يقل بالخفاء فيها احد منهم هناك والاعتذار عنه بان الاولى خرج
بالاجماع ليس في محله اذ بعد ما لم يضر في العقد علته او لم يكن منشأ لانصراف ادلة
العقود والمعاملات فلا معنى لخروجه بالاجماع لانه انما ينفع بعد صدق
العقد عليه لا ما اذا شك في صدق اصل العقد كما لا يخفى الثالث الاخبار
الكثيرة الناهية عن اعطاء الوكيل ما عنده ولو كان اجود مما عند غيره منها
ما عن الصادق (ع) في الصحيح [illegible] اذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من
عندك وان كان الذي عندك خيرا منه ومنها موثق اسحق بن عمار سألت
ابا عبد الله (ع) عن الرجل يبعث الى الرجل يقول ابتع لي ثوبا فيطلب له في السوق
فيكون عنده مثل ما يجد له في السوق فيعطيه من عنده فقال (ع) لا يقربن هذا ولا يدنس نفسه
ان الله عز وجل يقول انا عرضنا الامانة على السموات والارض الى قوله فحملها
وحملها الانسان انه كان ظلوما جهولا وان كان ما عنده خيرا مما يجد له في السوق
فلا يعطيه من عنده ومنها الموثق اذا سألك الرجل شراء ثوب فلا تعطه
من عندك ولو كان الذي عندك اجود مما عند غيره الى غير ذلك من النصوص
المانعة عن ذلك ويرد عليه منع دلالة النهي فيها على الحرمة حتى يقتضي
الفساد بناء على اقتضائه له وان كان ربما يمنع من العلم بكونها في الكراهة
فلا اقل من ظهوره فيه بملاحظة التعليلات الواردة في بعضها والتعبير

والتعبير بقوله (ع) فلا يدنس نفسه فيحمل النهي على الكراهة او على
يحمل على الارشاد باعتبار تطرق التهمة فيه بنظر النهي ومواضع التهمة فيقتضي
الحال مورد الروايات المذكورة ما اذا اطلق الموكل والنواهي الواردة
فيها كلها منزلة على صورة الاطلاق فلا تشمل صورة التصريح او الاعلام بالرضا
كما لا يخفى فيمكن حمل النهي فيها على الارشاد نظرا الى عدم تعلق غرض الموكل
بخصوص الوكيل فليس له الاقدام فيما لا يطمئن نفسه فيه بشرائه لو كان
[illegible] الخفاء هو تلك الاخبار فينبغي استثناء مورد انحصار المتاع الذي وكل
في شرائه بما عند الوكيل اذ لا تهمة لو اشتراه من موكله لغرض احضاره
الا تهام نوعا فيما اذا وجد المتاع عنده وعند غيره فدفع ما عنده واما لو
انحصر بما عنده فلا تهمة فيه نوعا المسئلة الثانية لو كان وكيلا في النكاح
وعلم ان مقصودها الرضا بتزويجها الوكيل لنفسه اما بتصريحها بذلك او القرينة خارجية
فالذي يقتضيه [illegible] الجواز وقد نقل الاجماع عليه ايضا ولم ار
مخالفا ولا مستشكلا فيه سوى [illegible] والشهيد حيث قال فيه قولان وغيره حيث
استشكل فيه ووجه الخلاف او الاشكال الوجهان الماضيان في البيع من منع
صدق العقد على الموجب القابل وانصراف ادلة النكاح [illegible] نعم ما يحكى
الا بالمحكي [illegible] الى ما صدر من الاثنين مضافا الى ما ورد في خصوص المقام موثقة
عمار بن موسى [illegible] سألته عن المرأة تكون في اهل بيت فتكره
ان يعلم بها اهل بيتها ايحل لها ان توكل رجلا يريد ان يتزوجها تقول له
قد وكلتك فاشهد على تزويجي قال لا قلت جعلت فداك وان كانت ايما امثال
قال وان كانت ايما قلت له فان وكلت غيره بتزويجها قال نعم هنا صحيحة

في عدم جواز تزويج الوكيل المرأة من نفسه ولو وجد ذلك بالاعتبار أيضا
لأن حفظ الوجوه والمقاصد المحترمة التي هي غاية لبعث الأنبياء وإرسال
الرسل وإنزال الكتب وإعطاء صاحب الشرع والمواعدة من أهم المقاصد
ومشارك لها بالاعتبار وبعلاقة بالأغراض التي لأجلها بعض الأشياء بأمثال
ذلك فيها لجواز ذلك موجب لهتك الأغراض والمواصفة في بعض الأحيان
الأمر الذي يصعب الخطب الجلي في الأصحاب عن طلاق ذوي المفسد في هذا الباب
الرواية وإن بلغت من الصحة ما بلغت إذا كانت مهجورة يطرح ولا يترك
في العمل بالروايات الصحيحة وفضلاء المؤلفات عدم الجودة كان معمولا به عند
قليل منهم ما لذي يقتضيه الفقه والفقاهة هجر الرواية المانعة وعدم
العمل بها وأما الوجهان الآخران بعد ما عرفت ما فيهما وأما الاعتبار فهو وجه
حسن إلا أنه لا ينبغي للفقيه الركون إليه في الأحكام الشرعية إلا من جهة
أنه لا يجوز الجواز من كان الاحتياط الشديد يقتضي تركه قال المحقق
وأما الوصي فلا يمضي تصرفه إلا بعد الوفاة والتردد في تولية طرفي العقد
كالوكيل وقيل يجوز أن يقوم على نفسه وأن يقترض إذا كان مليا وتلك العبارة
مشتملة على فقرات أحدها أنه لا يجوز للوصي التصرف إلا بعد الوفاة و
وجهه واضح لاشتراط ولايته بذلك فلا ولاية له ما دام الموصي حيا الثانية
أنه في الحكم بالوكيل فيحتمل أن غايته في خصوص التردد والذي يتضمن جوازه
الإطلاق لا الترجيح نظرا إلى انتفاء موضوع الترجيح هنا حيث إنه رجح الصحة
في صورة الإعلام من المتصرف وهو ممتنع في المقام لاختصاص تصرفه بما بعد

بما بعد الوفاة فلا يمكن له الإعلام ويحتمل أن يكون المراد إلحاقه بالوكيل
في التردد ولم يعقب بالترجيح معا والتعبير عن الترجيح بالتردد لأنه شرع في
الحكم عنده ترجيحا قطعيا حيث نبه في التردد بل هو ظني كما في البحر ونحوه
والأشبه وما قيل من امتناع الإعلام للوصي مدفوع بإمكانه بعد الوصاية
وقبل التصرف إذ لا يلزم أن يكون الإعلام مقارنا للتصرف فكيف كان
إلحاق الوصي بالوكيل في التردد كاشف عن أن منشأ التردد في الوكيل هو
الوجهان الأولان من منع صدق العقد وانصرافه لوكالته هناك و
الوصاية ههنا إلى غير حال الوكيل والوصي إذ لو كان منشأه الاتحاد
المانع عن بيع الوكيل مال الموكل لنفسه وصرفه إلى نفسه لاختصاص مورده بالاتحاد
بالوكيل ولم يجر في الوصي ومانع منع عن ذلك ودعوى أولوية الوصي عن الوكيل
مدفوعة بأن الأولوية لا تغني في الجواز كالمنع إذ لو جاز ذلك في الوكيل
لجاز في الوصي بطريق الأولى لأنه من الأولياء ولما لم يجز في الوكيل فلا أولوية
تقتضي عدم الجواز في الوصي كما لا يخفى اللهم إلا أن يقال إن مناط الاتحاد في
الوكيل عن ذلك جار في الوصي أيضا لما عرفت من أن مناط المنع هو التهمة و
ذلك موجود في الوصي أيضا فالوصي في الحكم حال الوكيل وقد علمت بأن
الحكم هناك هو الاتحاد وقد عرفت أن الأقوى عند الإطلاق عدم الجواز لانصراف
الوصاية والاستنابة إلى الغير المتولي لطرفي العقد وعند الإعلام هو الجواز
لعدم دليل المنع لأن عمدتها الأخبار ودلالتها مطلقا على الكراهة لأن التهمة لا
تقتضي الحرمة وبما ذكرنا ظهر وجه ما قيل من أنه يجوز للوصي أن يقوم على نفسه
متوليا للإيجاب والقبول نظرا إلى أن الأخبار المانعة عن ذلك مختصة بالوكيل

ولم يرد في الوصي رواية مانعة عنه للنشاط المطلق غير منقوض والظاهر
مضافاً الى ما ورد في جواز بيع الوصي لنفسه مال الموصى عليه
وجواز حجره عنه ونحوه المسألة الثالثة ان اقتراض الوصي من مال اليتيم اذا كان
مليا او اقراض الوصي على نفسه لانه اما ان يقترض للتجارة او يقترض للحاجة
وسد الخلة والاطلاق والعبارة المتقدمة يقتضي اشتراط الملاءة في تعيين
الان فيه منع واضح اذ لا باعث ودليل لاعتبار لان ما ورد في عباد
الملاءة كله فيما اذا اقترض للحاجة وفي الحكم يرد ما يدل على اشتراط الملاءة للاتجار ولو لم يرد ك
في الاقتراض مطلقا والاعتبار ايضا لا يقتضي باشتراط ذلك لو اقترض
للحاجة لمسامحته للاداء في الملحوظ في الولي كيف كان اما الاقتراض للاتجار
فلا اشكال في اعتبار الملاءة للاجماع والنص وهو ما ورد انه كان الحاج
اكرمو والحلبي معه في الوصية من ترك اباه له صغير او له مال افتضرب به اخوانه
كان [illegible] لليتيم وضمن به ماله فقال ان كان لاخيك مال يحيط بماله ان
تلف فلا باس ونحوه روايات اخر مضافا الى تجرد الاستيثاق عن حال الصغير من
دون ان يكون له ملاءة يجب الجبر لو تلف المال لعدم [illegible] بعضها المصنف
فلا يجوز الاقتحام في الخسرة ايضا فيراد باعد حكمة ما عند [illegible] ينبغي
الاشكال في اعتباره والمراد بالملاءة على ما يستفاد من بعض الاخبار كالرواية
المتقدمة هو ان يكون للولي مال يجبر لو تلف مال اليتيم او اصابه شيء [illegible]
الا انه حكي عن الشهيد الثاني ان المراد بها هو التمكن من الاداء وذلك اعم من الاول
لان التمكن من الاداء كما يحصل بالمال المجعول بالوجه والاعتبار ايضا كالكسب
الشخص ممن يجلب اليه الاموال عادة من الزكوات او الاخماس او الهدايا فيتمكن

فيتمكن لذلك من الاداء واختاره صاحب الجواهر وشيخنا العلامة
الانصاري قدس سرهما وهو حسن فلا فرق فيما ذكرنا من اشتراط الملاءة في الاقتراض
للتجارة بين الاب والجد وبين سائر الاولياء اذ لم نجد ما يخصهما عن عموم
قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حيث ان الاقتراض للتجارة
من دون ملاءة مفسدة محضة داخل في القرب المنهي عنه ومنافية عليهم
[illegible] لشمولها للجد خطأ في الحكم في الاب بعدم القول بالفصل بينهما
خلافا لما نسب الى الاكثر من استثناء الاب والجد وعدم اشتراط الملاءة
في اقتراضهما للتجارة ولذا اورد عليهم الاردبيلي قده في مجمع الفائدة بانه
لا دليل على عدم اعتبار الملاءة فيهما اللهم الا ان يتمسك له باطلاق ادلة
[illegible] بينهما نحو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك انتهى [illegible]
ما فيما ذكره اذ ان الروايات المذكورة كلها دالة على جواز اخذ
الوالدين مال الولد صغيرا كان او كبيرا للمؤنة اذا اضطر اليه ولا دلالة
لها على الاقتراض للتجارة حتى يتمسك باطلاقها في عدم اشتراط شيء
منهما فلا وقع في المقام الا الاعتبار وهذا كله اذا كان اقتراضه للتجارة
المحضة من دون حاجة الى الاقتراض واما لو كانت تجارته لرفع الحاجة
فيقترض لذلك كما لو كان له حرفة باب الوجوه ولا يرفع حاجته الا
بالتجارة فهل يعتبر فيها الملاءة ايضا وجهان من انه اقتراض للتجارة ف
يدخل في اطلاق ما دل على اعتبار الملاءة في الاقتراض للتجارة ومن ان
غاية التجارة رفع الحاجة وسد الخلة فكأنه اقترض للحاجة فيدخل
فيما ورد من اشتراط الاقتراض للحاجة بالملاءة كما يجيء ان شاء الله تعالى

واما الثاني وهو الاقتراض للحاجة وسد الخلة ففيه
احدهما انه هل يعتبر في جواز الاقتراض رعاية المصلحة والغبطة للمولى
عليه بناء على اعتبارها في سائر التصرفات لاطلاق الاخبار المجوزة
لاقتراض الولي الاجباري وغيره تصرفا تماما لا دال الثاني انه يعتبر
القاضي بجوازه وان كان مخبره مشوق مثل الالتزام لا اما الاول فالاقوى
كان الاقتراض للحاجة ولم يكن له مال عدم اشتراطه بالمصلحة بل وجوبا
يوفي قضاء عدم المصلحة ولا معارض اعتبارها في سائر
سوى قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حيث دل على
التصرف بالمصلحة وفيه ان الاخبار المجوزة للاقتراض اخص مطلقا من
الاية المذكورة لدلالتها باطلاقها على جواز الاقتراض وان كان مفسدة
فضلا عما اذا لم يكن فيه مصلحة فيحمل القرب المذكور في الاية المشروط بالمصلحة
على القرب بغير الاقتراض وان ابيت عن ذلك قلت ان الاقتراض ايضا عام
لانه قد يكون مع المصلحة كالوثوق في بقاء مال اليتيم ان التلف فهو الا
الاقتراض في مصلحة وقد لا يكون معها فالنسبة بينهما عموم من وجه
لا عموم مطلق فيفيد الاقتراض المصلحة في صورة وكالعدم والغالب
فيما اذا لم يكن فيه صلاح وقضية انصراف الاطلاق الى الافراد الغالبة
حاكمة بحمل الاخبار المجوزة على الاقتراض غير مصلحة فلا تشمل الفرد
النادر فيصير اخص مطلقا من الاية وثانيا بعد تسليم ان التعارض
بينهما عموم من وجه فالمرجع هو المرجحات الخارجية اي القرائن الخارجية
ومن الواضح ان المرجح مع الاخبار المجوزة لانطباقها على حكمة جعل الولاية

الولاية وهو الارفاق والاشفاق على المولى حيث ان تضييق دائرة
الاقتراض باختصاصها بصورة المصلحة مناف للارفاق الملحوظ
في الولاية ح فالاقوى عدم اعتبار المصلحة في الاقتراض وان قلنا
باعتبارها في سائر التصرفات كما عرفت للمستفيضة الناطقة بجوازه
وان لم يكن فيه صلاح وثانيهما انه بناء على اعتبار المصلحة هل يعتبر
فيه الملائة ام لا والاقوى هو الثاني لسبا مع ذلك بل الاصل
اختصاص ما دل على اعتبار الملائة بالاقتراض للتجارة الحاكي في
النصوص المستفيضة منها الصحيح عن رجل ولي مال اليتيم ايستقرض
منه فقال ان علي بن الحسين عليهما السلام كان يستقرض من مال
ايتام كانوا في حجره فلا بأس بذلك وتقريب الاستدلال واضح ضرورة
ان الامام ع كان يستقرض للحاجة ولو كانت لتحصيل المؤنة بانفاقه
للفقراء وتوهم اجمال الفعل مدفوع بانضمامها الامام ع عقيبه لا كلام في
الجواز عما سئله السائل عن ذلك لا استقصال المحوه حيث ان اخبار بذلك
تفريع نفي الباس ولا يعارضها صحيح ربعي في رجل عنده مال اليتيم
فقال ان كان محتاجا ليس له مال فلا يمس ماله وان هو اتجر به فالربح لليتيم و
ضمن له ماله بناء على كون المراد بقوله محتاجا هو الفقير المفلس وقوله وليس
له مال تفسيرا توضيحي له حتى يقع التعارض بينه وبين النصوص المجوزة
للاقتراض مطلقا ولا ريب في ان المرجح معها الكثرة وخصوصها المعتبر فالفرض
والحاجة بحاله حيث انه ظاهر في ذلك فيتعامل معها معاملة
تعارض النص والظاهر فيرفع اليد عن ظاهر هذا فيحتمل ان يكون المراد

الى الافتراض

بقوله تجاراً هو المخارج للاقتراض لا لخصوص التجارة او الاعم منها ومن
الحاجة فعلى الاول لا تعارض بينهما اصلاً اذ لبقاء منهما اشتراط
الملائة في خصوص الاقتراض للتجارة فلا ينافي عموم الاخبار المجوزة
للاقتراض في الحاجة من دون ملائة فيقتصر بتلك الرواية من الادلة المثبتة
لاشتراط الملائة في الاقتراض للتجارة وعلى الثاني فيقيد بتلك الاخبار
المجوزة لانها اخص منها ويحمل بعد التقييد على الاقتراض للتجارة انتهى
فتلخص مما ذكرنا ان الاقوى عدم الاشتراط في الاقتراض للحاجة واما
الاب والجد فحالهما حال الوصي وان كانت الاخبار الواردة كلها في الوصي
الا انه يتم الحكم فيهما بالاولوية القطعية لانه اذا ثبت عدم الاشتراط في الوصي
فثبوته فيهما مع قوة ولايتهما وشرف اتصالهما بالولد بالطريق
الاولى بل الاخبار الواردة في اقتراضهما مال الولد لحجة الاسلام فتدبر

مسئلة في ثبوت الولاية العامة للحاكم وعدمه قال المحقق قده
في بيع واما الحاكم وامينه فلا يليان الا على المحجور عليه لصغر او سفه او فلس
او على غائب انتهى وقد يتوهم في تلك العبارة ان الحاكم لا يتصرف ولا ينوب عن
سائر الاولياء بل يرتبط بها الدخول الفلس والغائب فحينئذ يلي عليه
انما ينبغي التعبير عن ولايته بمثل تلك العبارة اذا كانت الولاية افضل من
ولاية سائر الاولياء فلا ينبغي صدور مثلها عن المحقق لم يعرف بجادة
التعبير حسن البيان وكيف كان فتكلم قبل الشروع في المقصد في معنى
الولاية ولها معان كثيرة يبلغ نيفاً وعشرين والذي احضر منها
الآن ثلثة احدها ان الولي بمعنى الوارث كما في قوله تعالى حكاية عن نبيه

عليه السلام فهب لي من لدنك ولياً يرثني وثانيها الولي بمعنى المحب
لقوله تعالى حكاية عن اهل العذاب وما لنا من ولي حميم وثالثها الولي
بمعنى السلطان على النفوس والاموال ويعبر عنه بصاحب الاختيار والمالك
الرقاب منه قوله صلعم في غدير خم الست اولى بالمؤمنين من انفسهم فقالوا
بلى فقال من كنت مولاه فهذا علي مولاه والمراد بالولاية المبحوث عنها في
المقام هو الولاية بالمعنى الثالث اذا عرفت ذلك فنتكلم في عموم ولاية
الحاكم تارة باعتبار ان له الولي عليها واخرى باعتبار ما ولي شيئا اما الاول فقد مضى
فلا ينبغي الكلام فيه في الاب والجد فلا نعيده واما الثاني فحيث ان
الموارد التي للحاكم ولاية فيها متكثرة منتشرة فلا بد من ذكر الضابط الجامع
فيها حتى يؤخذ به عند تلك الكثرة لا النظائر في الضابط ذكر الشهيد قده
في القواعد ضابطة لها مشتملة على كليات ستة احدها ان كل ما يقع فيه
النزاع اثباتا او نفيا او كيفية يرجع الى الحاكم والمراد هو المرافعات
والخصومات وثانيها كل ما وقع فيه خلاف بين العلماء فالمرجع هو الحاكم
ومثل له بالشفعة مع الكثرة حيث ان ثبوتها مع الكثرة خلافي وعنت لها
كما يعرف عن اختصاص لمسئلة الخلافية الراجعة الى الحاكم بما اذا كان الخلاف
بين العلماء في المسائل المتعلقة بالاموال فيخرج مثل المسائل الخلافية في
العبادات اذ ليس المرجع فيها هو الحاكم وثالثها كل ما يحتاج الى التقويم
يرجع الى الحاكم ومثل له بالارش وتقدير النفقات وفي المثال نظر اما
في الاول فلان المرجع في تحديد الارش بين الصحيح والمعيب هو العرف ولا مدخلية
للحاكم فيه فلا يتصور معه الولاية للحاكم في الارش نعم لو اختلف

في تحديده ودفع النزاع والخلاف بينهما لذلك فادعى احدهما الزيادة
والاخر النقيصة فلا بد لمدعي الزيادة من اقامة البينة عند الحاكم ولا عبرة
بها ما لم تقم عنده الا هو الظاهر من باب القضاء من عدم اعتبار البينة
في المال ما لم تقم عند الحاكم وترجيح بعضها على بعض مما يرجع الى الحاكم الا انه
ح ليس ضابطا اخر بل هو راجع الى الضابط الاول وهو ان كل ما فيه
نزاع فهو مرجوع الى الحاكم واما الثاني فلان تقدير النفقات ايضا
مما لا اشكال في المرجوع فيها الى العرف وبختلف ذلك باختلاف الاشخاص
صغرا وكبرا وليس للحاكم تصرف فيه نعم لو كان المراد هو تقدير بعضها
اختلف فانه داخل في المتقدم ولا مثل لها خارج ما يحتاج اليه المريض و
نحوه فيه فيحتاج ارجاعها الى الحاكم الا انه على هذا داخل في المثال الثاني وهو كل
ما فيه خلاف وليس مثالا اخر ينتهي اليه بعض ما يحتاج الى ضرب الاجل او
الالقاء فلا نرجع فيه الى الحاكم ومثل للاول بالايلاء والظهار حيث ان للحاكم
ضرب الاجل فيهما للمدة اشهر او بعدها حتى يطلق او يكفر ولا يخفى انه لا ينحصر ضرب
الاجل بهما مثلهما في ضرب الحاكم الاجل لامرأة الغائب عنها زوجها والعنين
ومثل للثاني باللعان حيث ان تاثيره موقوف على ان يكون بحضور الحاكم
وباصغائه اياه ولا يخفى عدم اختصاص الاصغاء باللعان بل يجري في
الشهادات والايمان ايضا لتوقف تاثير الشهادة باصغاء الحاكم اليها
وكذا اليمين فانهما مما يحتاج الى القضاء نفيا او طرفا وهذه العبارة
تحتمل معان ثلاثة مباشرة القضاء مع الحاكم كما اذا لم يكن للفضول ولي
فانه يقاص الحاكم عن قبله وفيه مضافا الى مخالفته لظاهر العبارة انه

انه لا معنى لقوله طرفا اذ لا يمكن فرض تقاص الحاكم عن الطرف الا ان
يفرض المجني عليه الوارد على طرفه انه مجنونا او صغيرا ولا ولي له فانه
يقاص الحاكم عن قبله وثانيها انه له يجب التقاص فيما اختلف فيه
وعلى هذا يدخل في المثال الثاني وهو ان كل ما فيه خلاف فلا وجه لجعله مثالا
مغايرا له وثالثها ان حكم القصاص في الموارد التي يحتاج اليه مع
الحاكم فلا يجوز القصاص ما لم يحكم به الحاكم والظاهر ان الاحتمال الاخير للنعس
اذ لا مصير اليه وليس حسبما عرفت وسادسها حفظ اموال الغياب
كالودائع واللقطة وبرد على الضابط المذكور مع طوله والاغماض
عما عرفت في بعض الامثلة انه غير جامع لجميع موارد الولاية فلا يشمل ما هو
المهم في عموم الولاية ويشهد بها في الاموال حيث اقتضى ولاية فيهما لحفظ
مال الغائب واهمل ذكر غيره مع عدم اختصاص القصور بالغيبة بل قد
يكون لصغر او سفه او جنون او موت او نحوها فالضابط المذكورة
يشمل جميع الموارد التي للحاكم ولاية في الاموال وحكي عن الحدائق في العوائد
ضابطا احدهما ان كل ما ثبت للامام عم فهو ثابت للفقيه الا ما خرج بالدليل
وثانيهما ان كل فعل دل الدليل على ضرورة وجوده ودليل عقلا او نقلا ولم يجعل له
ولي فهو للحاكم ويرد على الضابط الثاني اولا ان جعله مقابل الضابط الاول في قبيل
مع ان الشيء فيما اذا دل الدليل على وجوب وجوده العقل بالنقل ولم يجعل له
ولي فهو ثابت للامام فيدخل تحت الضابط الاول فلا معنى لجعله مقابلا
وثانيا انه غير جامع لجميع الموارد لما سيظهر ان بعض الموارد التي للحاكم ولاية
فيها غير مندرجة تحت هذا الضابط وعن العوائد ضابط اخر وهو ان كل شيء

لم يكن له ولي فهو للحاكم وهذا الميزان وان كان اجمع واشمل من الميزان الثاني
المحكي عن النراقي ره حيث عبر بضابط شيء الا انه مع ذلك غير جامع لجميع
الموارد اذا عرفت ذلك فاعلم ان امتن الموازين واحسن الضوابط الميزان الاول
الذي ذكره النراقي ره وهو ان كل ما ثبت للامام فهو ثابت للفقيه الا ما
خرج وهو لم يجمع في جميع المسائل الخلافية والجامع لجميع موارد الاثر وعليه
المعول واليه يرجع ما ذكره شيخنا العلامة قده حيث قال كل معروف علم من الشارع
ارادة وجوده ان علم كونه وظيفة مختص خاص كنظر الاب في مال ولده
الصغير او صنف خاص كالافتاء والقضاء او كل من يقدر على القيام به
كالامر بالمعروف فلا اشكال في شيء من ذلك وان لم يعلم ذلك واحتمل كونه
مشروطا في وجوده او وجوبه بنظر الفقيه وجب الرجوع فيه اليه انتهى
ويندرج تحت الضابط المذكور امور احدها وجوب اطاعة الحاكم كالامام
وفي تحته فروع اجماعية اثباتا وسلبا وفروع خلافية اما الفرع الذي قام
الاجماع على عدم وجوب اطاعة الحاكم فهو ما اذا امر الحاكم بشيء للداعي النفساني
راجع الى شخصه كما اذا طلب الماء ونحوه فانه لا يجب اطاعته بخلاف الامام عم
حيث انه واجب الاطاعة في الاوامر المتعلقة بشخصه او بالمسلمين وذلك لان الفرع
داخل في المستثنى المذكور في الضابط المزبور واما الذي قام الاجماع على ثبوت
وجوب اطاعته فهو الاوامر الصادرة عنه المتعلقة بالدين واما الفروع
الخلافية فمنها اوامره المتعلقة بالسياسات الدنيوية على كثرتها كالامر
بالجهاد والقضاء والسياسة من دون ان ينضم اليه ما يلزمه عقلا او شرعا
كالدفاع ونحوه ومن ذلك امر السيد الغازي مثلا بالجهاد لكونه مفتقرا في السلطنة

السياسة او امره بالنصب وبناء الحصن في البلد لصيرورته محكما للاعداء
ونحوهما فهل يجب اطاعته في تلك الامور ام لا فيه خلاف ومنها امره المكلف
بدفع الزكوات والاخماس اليه ففي وجوب اطاعته فيه وفي امثاله كلام
وسياتي تحقيق الحال في تلك الفروع الخلافية ثانيها عموم الوكالة
والظاهر انه لا اشكال في ثبوت هذا الامر على الاطلاق للفقيه بحيث يترتب
عليه الاحكام الخاصة للوكالة لعدم دليل يدل عليه بالخصوص فلا يجوز
له ان يشتري شيئا وكالة عن الامام عم وكذا لا يجوز ان يزوج امراة
وكالة عنه كما لا يجوز تزويج المراة نفسها للامام العصر عجل الله فرجه
فضولا لان صحته موقوفة على لزوم العقد ظاهرا من طرف الاصيل ومن جانب
ضرره عليه اذ لا يكشف حال الاجازة والرد اما الاصيل فلا يصح هذا
العقد لا احد سوى العاقد لاجازة العقود لا بعينها نيابة الخارجية
عن مجاري افعال العقلاء فلا بد من دلالة العقود والمعاملات وبما ذكرنا
يظهر الاشكال في تامل بعض فقهاء العصر في صحة تزويج المراة نفسها للامام عم ومن
الحاكم عنه عم لسبق في محله بل لا ينبغي التامل في فساده للاصل واصالة الفساد
وعدم دليل صالح لاثبات عموم الوكالة للفقيه عن الامام عم نعم لا يبعد دعوى
وكالته في خصوص التصرف في مال الامام عم بحيث يتصرف فيه بعنوان الوكالة
على الوجوه المذكورة في محله كما يجوز له ان يتصرف فيه بعنوان ان له سلطنة
على المال الغائب حيث ان السهم المذكور ملك للامام عم الغائب فله الولاية على
المال لكن لو ثبت عموم المنزلة للحاكم كما سيأتي يثبت به عموم الوكالة ايضا
فيجوز ان يشتري شيئا للامام عم ونحوه سوى خصوص النكاح لان صحته

منزلة لنظر المنوط في الشريعة منزلة فمثالها عموم النيابة
بمعنى ان الفقيه نائب عام عن الامام عم ومنازل منزلته في كل ماله سلطنة عليه
فلو ثبت ذلك ثبت له جميع ما ثبت للامام من دون حاجة الى عموم المنزلة
الناطق بذلك ولو لم يثبت ذلك فيشكل اثبات الامر الجائع وهو عموم
الولاية بل الامر الاول ايضا بالاخبار المذكورة في الباب لعدم صحتها
سندا ومعنى بالعموم اشتباهها فيترتب على ثبوت الولاية كثبوت مقامات
او على اثبات عموم النيابة ويندرج تحتها امور نشير الى بعضها اجمالا
احدها وجوب الاطاعة فيما يتعلق بالسياسات وبالتكليف لانه كان ثابتا
للامام فيثبت للفقيه بحكم عموم المنزلة والنيابة ومنها النظر في الاوقاف التي
الخاصة بيع او ابدالا او نحوهما كما كان ذلك للامام وغير ذلك من الفروع
التي لا يمكن احصاؤها ومنها التوقف على ما يشترط صحته باذن الامام
كالجهاد والجمعة والعيدين على اذن الفقيه ومنها وجوب اطاعته فيما
لو طلب الزكوات والاخماس كما كان ذلك للامام وغير ذلك من الفروع
التي لا يمكن احصاؤها المتفرعة على عموم النيابة فالمهم اثبات هذا المنصب
للفقيه فاذا ثبت ذلك ثبت عموم الولاية في الاموال والانفس وسينقح
انه لم نعلم انه لا يلزم من الالتزام بهذا العموم تخصيص الاكثر كما لا يخفى ثم
لا يخفى ان المبحوث عنه في المقام هو استقلال الفقيه في التصرفات بمعنى ان نظره
موضوعية ومناط لتصرف الغير باذنه فيما يستقل هو غيره في كون تصرف الغير
منوطا باذنه وان لم يكن هو مستقلا بالتصرف بان يكون نظره شرطا
وجواز تصرف الغير خلافا لشيخنا العلامة اعلى الله مقامه حيث منع

حيث منع ذلك وقال ان الولاية بمعنى استقلال التصرف غير ثابتة و
ظاهره جعل المبحوث عنه خصوص الولاية بمعنى اشتراط تصرف الغير باذنه
مع انه يرد عليه امران احدهما اخراج الولاية بمعنى استقلال التصرف عن المبحوث
عنه خروج عن الطريقة المستفادة من الاصحاب بل المبحوث عنه هو الولاية بهذا
المعنى لا غيرها ثانيهما ان ما افاده في رد الاخبار المستدل بها لاثبات الا
الاستقلال من عدم دلالتها على وجوب اطاعة الفقيه كالامام عم لا يقدح
في دلالتها على الاستقلال لان وجوب الاطاعة شيء والاستقلال في التصرف
شيء اخر وعدم ثبوت الاول لا يوجب نفي الثاني فتدبر وكيف كان فقد عرفت ان
اهم العناوين هو عموم النيابة ولا بد اولا من الكلام فيه ثبوتا ونفيا ثم الكلام
في سائر العناوين لما سيندرج تحتها من الفروع الخاصة لانه لا ينبغي التكلم فيها قبل
التكلم فيها ونحن نقول اولا ان المتمسك لاثبات عموم النيابة بالاخبار
الواردة في شأن العلماء او في شأن خصوص المتكلمين مثل ما ورد ان العلماء
ورثة الانبياء وان الانبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما ولكن ورثوا
احاديث من احاديثهم فمن اخذ بشيء منها اخذ بحظ وافر وان العلماء امناء
الرسل وقوله عم مجاري الامور بيد العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه
وقوله ص علماء امتي كانبياء بني اسرائيل وفي الرسالة الرضوية وفي الفقه
الرضوي ان منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الانبياء في بني اسرائيل و
قوله عم في نهج البلاغة ان اولى الناس بالانبياء اعلمهم بما جاؤوا به ثم تلا ان اولى
الناس بابراهيم للذين اتبعوه الاية اذ يرد عليها اولا ان المراد بالعلماء
فيها غير معلوم اذ يحتمل ان يراد منهم الائمة عم كما فسر به في بعض الروايات

وثانيا منع العموم فيها حتى يثبت بها عموم النيابة بل يحتمل احتمالا ظاهرا بملاحظة سياقها ان المراد تشبيههم بمنزلة الانبياء الائمة فيما هو وظيفتهم من بيان الاحكام الشرعية فلا يمكن اثبات ذلك لمرتبة العليا والسلطنة الكبرى التي يندرج تحتها فروع لا تحصى بمثل ذلك الاخبار المجملة الدلالة وحيثيا الصغرى والكبرى فاذا عرفت ذلك فنقول هنا للسيد لاثبات عموم النيابة بالادلة الاربعة اما الكتاب فقوله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم حيث اوجب سبحانه اطاعة اولي الامر في جميع الازمنة التي منها زمان غيبة الامام ع اذ لو اختص الحكم بزمان دون زمان يلزم اجمال الخطاب واجماله وهو كما ترى ولا يتم وجوب اطاعة الامام الغائب الذي لا يمكن الوصول اليه الا الملازم باوامره ونواهيه وجوب اطاعة نوابه دون من لم يأذن ويأمر اليه والا يلزم التكليف بالمحال وسيأتي ان اليق بنيابة الامام وصيرورته وليا الامر لبلوغ الفقيه فيثبت ما ادعيناه بملاحظة ما سيجيء من ان الفقهاء نواب الائمة ع ولا ينافي ما ذكرنا تفسير اولي الامر بالائمة ع بل التفسير المذكور ينبئ على ذلك عرفت ان من وجوب اطاعة الامام ع في غيبته وتعذر الوصول الى حضرته يستلزم وجوب اطاعة المنصوب عنه ولو بعنوان النيابة لا خصوص الفقيه كما مر وبالجملة فالكبرى هو وجوب اطاعة الامام ع ونائبه تثبت بالاية واما تشخيص الصغرى فعلينا ذلك وسيظهر بعد ذلك ويمكن تقريب الاستدلال بالاية بوجه اخر وهو ان اولي الامر يعني مفترض الطاعة كما هو ظاهر سياقها والذي افترض طاعتهم هم الائمة سلام الله عليهم عند حضورهم ونوابهم

اطاعة اولي الامر فيدل اطاعة واطاعة رسوله وتعيينه نائبا لهما في الخطاب تثبت وجوب نحو

فعلينا ذ

ولذا بهم من الفقهاء زمان غيبتهم ع ثم واما السنة فمنها قوله صلعم ثلثا اللهم ارحم خلفائي قيل ومن خلفائك يا رسول الله صلعم قال الذين يأتون من بعدي ويروون حديثي وسنتي وصراحته في ان العلماء خلفاء الرسول غير قابل للانكار وانما الكلام في المراد من الخليفة فنقول ان الخليفة على ما يتبادر منه عرفا هو النائب الذي له كل ما للمنوب عنه من السلطنة وغيرها كما يشهد الحمل لفظ الخلفاء المضروبة في العرفيات كما لو اراد رئيس البلد او السلطان المسافرة الى مكان فقال لاهل البلد او البيت فلان خليفتي عليكم يفهم منه ان كل ما له من السلطنة ووجوب الاطاعة وارجاع الحوادث والامور اليه ثابت له بالنظر ومن جهة الخليفة دون غيرها من جهة نيابته خليفته واو ابيت عن ذلك ومنعت التبادر المذكور فلا ان المراد من الخلفاء في الحديث هو المبلغون للاحكام يعني ان العلماء نوابي في خصوص تبليغ الاحكام لا في مطلق الامور الحسبية فالمناسب الوفي ليس شاهدا على المدعي لعدم استفادة عموم النيابة من لفظ الخليفة مع انها مستفيدة من القرائن الداخلية والخارجية المحفوفة بالكلام فنقول اولا انه لا يصح اطلاق الخليفة على من كان نائبا للرسول في تبليغ الاحكام لان الرسول لم ينقل المحض والمبلغ عنه ليس خليفة من جهة الخليفة على الرسول والمبلغ اوضح والبين ولا ينافي اطلاق الخلفاء على الانبياء لان لكل لهم جهتان جهة تبليغ ورسالة وجهة خلافة ونبوة ولذا اطلق الخليفة عليهم بغير جهة الرسالة فثانيا ان المختص بتبليغ الاحكام بنا قول الله عز وجل يا داود انا جعلناك في الارض فاحكم بين الناس بالحق

فان تفريع الحكومة على الخلافة كاشف عن عمومها وعدم اختصاص الخلافة
بالتبليغ ولا يبطل تفريع الحكومة والقضاء لكونهما صنفا للاحكام
بل لا بد ذكره مستقلا كما ادرج بعضها مستقلا في مقام آخر في
الحديث القدسي فاذا ثبت الحكم الاية المذكورة ان الخليفة منحصر في
غير التبليغ وبعد ما عرفت انه يحتمل ولم يتعين في الاية والرواية ذلك
المنصب ولم يكن في بينهما قرينة اظهر على معنى يحمل اللفظ عليه لزم
حقا عن الحكمة في ضمنه بارادة العموم فيثبت بها للخلفاء الرسول
وهم الفقهاء كل ما ثبت للرسول ص وذلك عبارة عن عموم النيابة
ومنها ما رواه العلل بسنده الى الفضل بن شاذان عن مولانا ابي الحسن
الرضا ع في علل حاجة الناس الى الامام حيث قال ع بعد ذكر جملة من
العلل ومنها انا لا نجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل عاشوا وبقوا الا بقيم
ورئيس لما لا بد لهم منه من امر الدين والدنيا فلم يجز في حكمة الحكيم ان يترك الخلق
مما يعلم انه لا بد لهم منه ولا قوام لهم الا به وهذه الرواية مشتملة على جهة عظيمة
وهو قضاء حكمة البالغة الوثقى يخلي الحكيم منها عند تمسك بدليل
العقل وجهة عظيمة وهو تصريح الامام ع باحتياج الناس في كل عصر
زمان في امور معاشهم ومعادهم الى قيم ورئيس فاذا ثبت ذلك بعض
المعصوم ع فلا اشكال ولا خفاء في ان الائمة هم الرؤساء على العباد في
دينهم ودنياهم فاذا نعم عن الامام ظاهر فلا بد من ثبوت هذا المنصب
الرياسة لاحد حتى يكون هو المرجع في امور عامة الخلق الدينية والدنيوية
ويتعين ان من له منصب الرياسة بعد الامام ع هم الفقهاء لا غيرهم لسائر

وسائر الانام ومنها التوقيع المروي في اكمال الدين وكتاب
الغيبة واحتجاج الطبرسي الوارد في جواب مسائل اسحق بن يعقوب
التي ذكر اني سألت العمري ان يوصل لي الى الصاحب عجل الله فرجه
كتابا فيه تلك المسائل التي قد اشكلت علي فورد الجواب بخطه عليه السلام
وفيها واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا
فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله عليهم بتقريب الاستدلال ان جعل الامام
رواة الحديث حجة [illegible] ثم تعليله بهم عنه ضرورة
عدم صحة الاحتجاج ... ان حجية الفقهاء لازم
لنيابتهم عنه وهذا اجمال الاستدلال والحوادث المذكورة في الجواب
الكاشف عن كونها اصل السؤال ان كانت مطلق الحوادث نظرا الى
عمومها اللفظ فثبت عموم النيابة اذ المستفاد منها ان الفقهاء هم
نوابه فلا بد الرجوع اليهم في كافة الحوادث والامور الحسبية وان كانت
حوادث معهودة المذكورة في سؤال السائل فلعدم نقله نعرف عن
ودخل الاستدلال لاحتمال الحوادث المعهودة فلا يثبت عموم النيابة في
الامور الحسبية الا انه يمكن دفع ذلك بانه بعد ما ثبت رجوعهم وحجيتهم
في تلك الحوادث المجهول عنها فيثبت في غيرها بالاجماع المركب لانا
نوضح عند التمسك بالاجماع فيثبت الحكم ايضا فلا اشكال في الاستدلال
بالتوقيع المذكور لاثبات عموم النيابة عندنا كما نوه شيخنا العلامة رفع
الله مقامه وهو مخصص الحوادث بالاحكام الشرعية والمعنى انهم
حجتي في تبليغ الاحكام وارشاد العباد الى الحلال والحرام فيسقط عن

وفي رواية فانهم خليفتي عليكم
ومنا ولنيابتهم لك

وعند جنة الاستدلال بالتوقيع مما اجاب عنه بوجوه لا تخلو عن وجاهة فنبادر
النظر الا انها بعد التأمل غير نقية و المناقشة في الكلام احدها
ان الظاهر كون لفظ الحادثة الى الفقيه لا الرجوع في حكمها الشرعي ثانيها
ان تعليل الامام عم بكونهم حجتي عليكم انما يناسب الامور الحسبية التي يكون
المرجع فيها هو راي الامام عم ونظره والمعنى انهم نوابي في تلك الامور
وحيث هذا المنصب لهم ولو كان المراد هو ارشاد العباد في
الحلال والحرام كان المناسب التعليل بانهم حجج الله عليكم لان مبين الاحكام
حجة الله لا حجة الامام عم ولو علمه الاحكام اذ لا يصح ان يطلق على المعلم
انه حجة المعلم ولا يصح ان يقال ان النبي صلعم حجة جبرئيل في التعليل
بانهم حجتي ظاهر لا انه حجة الله ثم على النبي صم حيث انه تعلم الاحكام
منه ثم علمها النبي مع انه لا يصح الحلال في ذلك عليه بل هو صلى الله عليه
واله حجة الله على العباد وان تعلم ذلك من جبرئيل عم فالتعليل بانهم
حجتي ظاهر في الامور العامة الحسبية لا الاحكام الشرعية ثالثها ان وجوب
الرجوع الى العلماء في مثل الشرعية والعبدية بهذا الوضوح لا يخفى على كل احد في
اول صدر الاسلام فكيف يخفى ذلك على مثل يعقوب بن اسحق بن يعقوب
حتى جعل ذلك في عداد المسائل التي اشكلت عليه بخلاف الرجوع في المصالح
العامة الى راي احد ونظره لاحتمال توكيل الامام عم ذلك في غيبته الى شخص
او اشخاص معينة من ثقاته وفي مثل ذلك نظرا الى الاول فلا تدعو ظهور
الرواية في الامور الحسبية مجرد دعوى لا شاهد عليها الا ان ايكال الحادثة
الى الفقيه ما يكون لا ناظر فيها بنظره ورايه وقد يكون لاشتباه حكمه او ظهوره

وظهوره في احدهما دون الاخر لخبر مر في ما ان الثاني في قوله
ظهور حجتي عليكم في الامور الحسبية غير خفي على احد بما ذكرنا الا انه يعارضه
ظهور قوله عم وانا حجة الله عليهم بناء على النسخة الصحيحة في تبليغ الاحكام
اذ لا يناسب هذا الكلام مع ارادة الامور الحسبية انما هو جعل اليد التي
هو حوادثها الى العلماء وجعلهم نوابه وانه حيث انه لا حجة للمستنيب على المستنيب
والموكل على الوكيل حيث ان الامر بين الاخذ بظهور حجتي عليكم في الامور الحسبية
وطرح ظهور قوله وانا حجة الله عليهم بضرب من التاويل حتى كان يقي بعد ما
رجع الامور الحسبية المفوضة على نظر الامام اليهم وقد قطع العذر عنهم بمعنى
انه لا يجوز لهم بعد ذلك اتفاقا عن مثل اقامة المعروف وصونه اليتيم
وعلمه واصال الزكاة مما يتوقف الاقدام عليه على اذن الولي ولا يسمع دعوى
معذوريتهم عنها حيث انه ما اذن لهم الامام لان توكيل الامام بتلك
الامور لهم قاطع عذرهم ولا يسوغ لهم التقاعد عنها والتهاون في تمام
الحجة عليهم بنصب الولاة في وانا حجة الله عليهم لان الحجة عبارة عن قاطع العذر
او الاخذ بظهور وانا حجة الله عليهم في تبليغ الاحكام والتصرف في قوله حجتي
عليكم بان يقال انه ليس المراد انهم حجة مني عليكم بل المراد انهم حجج الله في تبليغ
الاحكام الا انه حيث عليهم الاحكام وارشادهم الى الحلال والحرام
منكم وبعث بتلك الملاحظة انسابهم اليه وجعلهم حجة عنه اذ يكون وجه
الاضافة ادنى الملابسة وعلى الاحتمالين قوله حجتي عليكم اظهر دلالة في
الامور الحسبية من ظهور وانا حجة الله عليهم في تبليغ الاحكام فلا بد من الاخذ
به والتصرف في الاخر بما عرفت وبذلك يرتفع الاشكال اختصاص الحوادث

لخصوص الاحكام الشرعية واما الثالث فهو مجرد استبعاد لا يرفع
الاشكال المذكور فينبغي دفع المحذور بالوجه الثاني وهذا وان اجز
يمكن الاستدلال بها في المقام لكن لا حاجة اليها لان فيما ذكرناه غنية
للمسترشد البصير واما الاجماع فنقول له على هذا الاستفاضة و
اما محققه فيمكن تحصيله من كثير من الفروع الاجماعية التي لم يرد فيها
نص كفروع الخمس التي في الاجماع فيها على ان ولايتها مع الحاكم مع انها
على ما سمعت ليس فيها نص ناطق بذلك لاختصاص النصوص جميعا بالامام
وبعض فروع اللعان والقضاء ونحوها مما صرحوا بانه عنه مستفاد
من تتبع فتاويهم في الفروع الاجماعية ان جملة الاجماع فيها مع خلو اكثرها
عن النص ليس الا نيابة الحاكم عن الامام من الفقهاء لعموم منصوص لعله من
العمومات المذكورة ولذلك ترى بنصرهم صعبا للحكم وان كان فيه منافية اقربنا
اليها وفائدة المذكور الا انها غير جارية في المقام كما لا يخفى على من تدبر نستفاد
من العلم المخصوصة في الفروع الاجماعية عموم نيابة الفقيه عن الامام فان قلت
اذا كان عموم النيابة اجماعيا فما بال الجمع في تلك الفروع ان يختلفوا
في ثبوت النيابة في بعض الموارد فيكشف هذا الاختلاف عن عدم العموم في
معقد الاجماع قلت ثبوت الاختلاف في بعض الفروع لا ينافي الاجماع على
عموم النيابة لان الاجماع على القاعدة العامة كالنص عليها وحيث انها
قاعدة شهيرة قابلة للتخصيص فيمكن نظرا في تخصيص البعض الى حجة الاختلاف
في بعض الموارد ونفي النيابة فيه لاصالة او وجه ... لا لابتداء الناء في مخصصا
للقاعدة فيه او لدعوى فقد شرط من شروط النيابة فيها كما يحكى من

ان النيابة مشروطة بان يكون محوطة حتى تثبت النيابة وعلى
التقدير كما بيناه في الاطلاق على ثبوت عموم النيابة بالاجماع على
شرائطها المقررة لان العمومات الشرعية كلها قابلة للتخصيص فخروج بعض
الموارد عن تحت العموم اما للتخصيص او لعدم كونه من موارد النيابة لفقد
شرط من شروطها فلحظ ما ذكرنا قيام الاجماع المحقق على ثبوت الولاية
للحاكم في جملة من الموارد للنيابة واما العقل فهو مستقل
بلزوم نصب الرئيس والمرجع للخلائق فيما لا بد منه لهم ولا قوام لهم الا
به مما ادام ضرورة العقل على وجوبه وجوده من الحكيم لطفا وغيرها
في الامور العامة اذ لولاه لعطلت الامور المطلوب وجودها وهو
نقض للغرض ولا يجوز ذلك من الحكيم كما اشار اليه مولانا ابي الحسن
الرضا عم ومن الواضح ان المرجع في الامور التي يتوقف حصولها
على رايه ونظره اما الامام او من ينوب منابه وينزل منزلته وهو ليس
الا الفقيه فثبت ما ذكرنا ان الحاكم بمنزلة الامام عم وانه نائب عنه
في كافة الامور وبعد ثبوت تلك المرتبة العليا للفقيه يثبت وجوب
الطاعة ايضا لانه بعدما صار بمنزلة الامام يجب اطاعته كما يجب
اطاعة الامام لانه اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم
ويدل على وجوب طاعته مضافا الى عموم المنزلة المذكور قوله عم العلماء
حكام على السلاطين ... عليهم وسطاع ومشهورة ابي خديجة
ومقبولة ابن حنظلة المشتمل لقطع طاعته مضافا الى عموم المنزلة
المذكور بعدم اراده خصوص القضاء وعمومه ما دل على وجوب الطاعة

هو الادلة الدالة على انه بمنزلة الامام وبه يثبت عموم الوكالة له
يجوز للفقيه ان يشتري شيئا للامام ويبيع له عند الاحتياج الى ذلك
ولزوم الضرر في حق الفقيه ويثبت الولاية في الاموال والنفوس شرعا
للامام فيثبت للفقيه ولولا عموم النيابة والمنزلة لاشكل الحكم ثم
ان النيابة شروطها نص عليها لفظ النيابة ولا يحتاج اثباتها الى بينة
وبرهان احدها ان يكون الفعل جائزا للامام عم فلو لم يجز ذلك فليس
موردا للنيابة وثانيها ان يكون المرجع فيه هو الامام بان يكون
المداخل فيه شانه وثالثها ان يكون الفعل قابلا للنيابة بان لا
يشترط فيه المباشرة كاقامة الجمعة للامام على القول به ورابعها ان لا يكون
من خصائص الامام عم وخامسها عدم قيام الدليل المخرج للشيء عن تحت عموم النيابة
فصّلكم في عموم النيابة بشرائطها المذكورة ثابت للفقيه اذا تحقق ذلك
الفروع المتفرعة عليه اختلف العلماء رضوان الله عليهم في ثبوتها للحاكم وهي
كثيرة منها انه لو طالب الفقيه الزكوة عمن وجبت عليه فهل يجب دفعها اليه
كما يجب دفعها الى الامام بعد المطالبة منه عم ام لا وتحقيق الحال فيه ان الفرع
المذكور ليس من فروع عموم النيابة اذ ليس مطالبتها واجبة الى الامام عم
وليس من شانها ذلك وان هو الا كمطالبة نفقة زوجته بنفقتها عليها
وقد عرفنا ان احد شروط النيابة ان يكون المرء الامور الى المرجع فيها او بكونه الامام عم
منها الخلاف في وجوب دفعها الى الفقيه بعد خروج ذلك عن عنوان عموم
النيابة ان الفقيه يجب اطاعته كالامام الا على القول بالوجوب يجب دفعها
بعد المطالبة الى الفقيه اذا طالبها ومنها الخمس فهل يجب دفعه

دفعه الى الفقيه ام لا والتكلم فيه تارة في سهم الامام عم واخرى في سهم
الاصناف اما سهم الامام عم فعن المحقق قده انه يتولاه الحاكم بنفسه ولا يجوز
مباشرة من عليه الخمس في صرفه ونسب ذلك الى المشهور بل لم ينقل خلاف
صريح في ذلك الا عن صاحب الحدائق وشيخنا المفيد قده في رسالة الغرية
اما حكاية الخلاف عن صاحب الحدائق فلما هو المعروف منه من انكار
عموم منزلة الحاكم ونيابته ولازم انكاره عدم لزوم دفعه الى الفقيه
وجواز توليه بنفسه واما نسبة الخلاف الى المفيد قده فلانه اذا انكر عموم
المنزلة كصاحب الحدائق والاختيار في خصوص هذا السهم هو طرحه في الغيبة
او باخذ الامام عم ذلك لنفسه فلا يعد مخالفا في مسئلة عموم النيابة
والمنزلة ولا يصح نسبة الخلاف في المقام اليه نعم انه اصرح بخلاف عموم
النيابة والمنزلة اما على القول بالسقوط فلعدم ثبوته للامام عم حتى
ينوب عنه الفقيه ويتولاه وقد مضى ان من شرائط النيابة ثبوت
الفعل للمنوب عنه واما على القول بالايصاء فلوجود الدليل المخرج له عن
تحت عموم النيابة القاضي بلزوم دفعه الى الفقيه لان القائل بالايصاء
لا بد ان يستند فيه الى الاخبار الواردة في انه في زمن الغيبة مباح بعينه
والاصناف المذكورة بناء على انها مخصصة للسهم المذكور عن عموم النيابة على حالها
فعلى الوجهين المذكورين لا ينبغي نسبة الخلاف في المقام اليه الا ان المحكي
عن جامع المقاصد انه حكى عن المفيد قده انكار عموم المنزلة وقال بجواز تولية
في سهم الامام عم جواز مباشرة من عليه ذلك في صرفه وعدم وجوب دفعه
الى الفقيه وحج فيصير مخالفا في المسئلة وكيف كان لا بد من تنقيح الحكم بالقول

ثم ان الكلام تبعد ما ثبت عموم النيابة والمنزلة فنقول ان في مصرف
السهم المذكور في زمن الغيبة اقوال عديدة احدها انه يجب صرفه في تتمة
الخمس للسادات كما يجب ذلك على الامام عند الاكثر وثانيها انه يصرف
في المصالح العامة وثالثها انه يجب تصدقه عن الامام نيابة كما يتصدق
بمال مجهول المالك والغائب المتعذر الوصول اليه عنهما ورابعها التخيير
بين هذه الثلاثة وخامسها وجوب حفظه وسادسها وجوب دفنه
اما على القول الاول فلا ينبغي الاشكال في لزوم دفعه الى الفقيه لا لما ادعاه صاحب
[illegible] تحقق الاجماع على جوازه للحاكم ولانه على حال الغائب في انكار
الخوف حاله كالنفقة التي يجب عليه النفقة يجب على الحاكم انفاقه من مال الغائب
اجماعا ونحو ذلك مما يجري فيه حيث انه وجب على الامام صرف سهمه في تتمة ما [illegible]
مما يتولى ذلك الفقيه لولايته في اداء الحقوق المالية ولا يجوز تولي غيره
ذلك لعدم الولاية واما على الثاني فلا اشكال ايضا في عدم جواز تصدي
غير الفقيه لصرفه في المصالح العامة لان القيام بها وظيفة الامام والفقيه
النائب عنه واما على الثالث فالظاهر جواز تولي غير الفقيه لذلك
للاخبار الخاصة الواردة على جواز تصدق الملتقط عن المالك المجهول او
الغائب المتعذر الوصول وعدم وجوب دفعه الى الحاكم الا انه بناء على هذا
يخرج عن عنوان عموم النيابة لفقد احد شروطها بوجود الاخبار المجوزة
المخرجة له عن تحت عموم ما يرجع الى الحاكم فيه واما على الرابع ففيه اشكال
لان مقتضى جواز التصرف في شاهد الحال ان كل من احرز رضاه الامام ع
يجوز له التصرف فيه عاميا كان او فقيها ولا دليل على وجوب الدفع الى الفقيه

الى الفقيه واجاب عن هذا الاشكال صاحب الجواهر ره بان لزوم
الدفع الى الفقيه بناء على هذا القول انما هو لاجل ان ولايته تعينه
مع الفقيه لانه نائب للامام الشارع نحوه في مال الله [illegible] سبيل الاباحة
ولا يتوقف الشارع الا بتعيين الولي فيتوقف تعيينه على تعيين الفقيه
وفيه ان مجرد كون ولايته تعينه مع الفقيه لا يقتضي لزوم دفعه اليه لامكان
تعيينه السهم المذكور مع كونه في يد غيره الحق ولكن الصواب في الجواب عن هذا
الاشكال ان يقال ان جواز العامي برضا الامام ع وشاهد حاله بالقطع
لا عبرة به فضلا عن الظن بذلك وبشاهد حاله ذلك الامر العبي بنظره الا الاجازه
الاحكام الشرعية بنظرهم كما لا عبرة بنظرهم في استنباط الاحكام الشرعية فكذا
لا عبرة به فما جواز رضا الامام بمعنى انه لا يمكن تحصيل العامي رضاء
الامام بعد قيام الاحتمال وكيف كان فالاقوى على هذا القول ايضا وجوب
دفعه الى الفقيه وعدم جواز تصدي العامي لذلك بدعوى رضا المعصوم
وذلك كما ان الاقوى على القول الخامس والسادس ايضا وجوب دفعه الى
الفقيه لا ضمان من عليه حفظه الفقيه او دفنه فالوجوب الحكم بعلم وجوب
كل احد فالاقوى على جميع السادس والثالث وجوب تولي الفقيه سهم الامام
لعموم النيابة والمنزلة الا ما خرج بالدليل واما سهم الاصناف فهل
يجب دفعه الى الفقيه كما وجب دفعه الى الامام ع في زمن الحضور ام لا يجب ذلك بل
اختص الحكم المذكور بالامام ع المشهور وشهرة عظيمة كادت تبلغ الاجماع
الثاني بل لم يعرف خلاف في ذلك عن احد الا عن الحلي ره من القدماء وبعض
المجلسي ره في كتابه الفارسي المسمى بزاد المعاد والنراقي الا انه في جواز

تولي من عليه الخمس دفعه للسادات اشكال لانه لا بد من دفعه الى الامام لانه
ليس له ولاية تعيينه من حيث حاله لان السهم المذكور حق لجنس السادات
تعلق بماله وتعيين ذلك الحق الشائع انما هو بيد ولي الشرع وهو الامام
او الفقيه النائب منزلته ويمكن الدفع عن هذا الاشكال بان اذن الامام
عليه السلام في زمن الحضور باخراج من عليه الخمس واداءه الى حضرته كاشف عن ان
له ولاية تعيينه من حيث حاله وان ذلك حكم اسلامي واقعي مختص بزمان الحضور
ولا يختلف المأذون من هو ثابت في كل زمان ولكل واحد من المكلفين كما
بناء الاصحاب على استفادة الحكم الواقعي من اذن الامام ع فيما نحن فيه نظير
اذنه كاحياء الموات الذي اذنه الامام ومنحوه بعنوان اذنه كاشف عن
كونها اذن حكما واقعيا الا انه موضوعيته ما دام استقلال ولاية التعيين مع
من عليه الخمس صحيحة للنفوذ زمان الغيبة وفي حق كل مكلف تعلق الخمس بماله واتصال
حصول التعيين فيما اذن به الاخراج بقبض الامام لا بمجرد اخراجه فنضم لو تلف
المال قبل قبضه لا يسقط الشركاء بقوله ثم اخرج الخمس ظاهر في ان ما اخرجه
المالك وعينه هو الخمس وان اشير الى ذلك وقلنا ان اذن الامام ع اخراج
الخمس في زمن الحضور لا يكشف عن حق ولاية التعيين حكما واقعيا بل مقصور بحال
يستفاد منه انه مأذون فيه مقتصر على مورد الاذن فنقول ان
اذن الامام كان ثابتا فيشك في اختصاصه بزمان الحضور وعدمه فنستصحب زمان لان
الغيبة ايضا فيستصحب الحكم بثبوت الولاية في زمن الغيبة بالاستصحاب
وهو حجة عند جملة من الاصحاب وان كان لنا في حجية استصحاب الاذن مطلقا
كلام مذكور في محله وبالجملة ثبات ولاية من عليه الخمس في التعيين اما

اما بالاذن الكاشف عن كونه حكما اسلاميا واقعيا الذي لا يختص بزمان دون
زمان واما باستصحاب الاذن وعلى التقديرين يثبت ولاية التعيين
في زمن الغيبة الثاني انه بعد تسليم ولاية التعيين او ان الولاية في الاداء
والصرف معه فعليه بمقتضى الاصل عدمه فيجب دفعه الى الفقيه كما كان التصرف
يجب دفعه الى الامام ع لعموم المنزلة ويقابله ذلك ما ان ... كما ان
ولاية اداء الدين مع المديون ولا يجب دفعه الى الحاكم فكذلك الخمس الذي هو دين
للسادات باطلاقه لان الدين الشخصي عبارة عن اشتغال ذمة كلي
بخصوص المديون بشخص الدائن المعلوم فللمديون ولاية على الاداء بخلاف
الخمس لانه دين كلي للسادات الاشخاص ولذا لا ينفع [illegible] احدهم ولا لا ينفع صلح ال
ابرائه ولا اسقاطه ... والولي هو الامام او نائبه و
يمكن التفصي عن هذا الاشكال بان الاطلاقات الواردة في الخمس
الآمرة باداءه دالة على ان له الولاية في الاداء ولا يجب دفعه الى
الحاكم كما ان قوله تعالى وآتوا الزكوة يدل على ان ولاية دفع الزكوة ومعها
مع من يجب عليه الزكوة لكن تمامية ذلك موقوف على ثبوت الامر باعطاء
الخمس في ادلته وهو غير معلوم ويؤيده وجوب الخمس على الصغير في الغوص
والمعادن وارباح المكاسب على المشهور مع انه ليس في حقه خطاب
تكليفي وبالجملة ان ثبت الامر بالاعطاء او قام الاجماع عليه فيجوز لمن عليه
الخمس التولي لصرفه في محله والا فالامر مشكل لعدم ثبوت الولاية له فلا بد
من دفعه الى من هو ولي السادات فالاحتياط المؤيد بمقتضى لزوم دفع
سهم الامام الى الحاكم ... انه هل للحاكم ولاية على الطلاق ام لا

وهنا فروع اربعة احدها طلاق في زوجة الصغير وقد مر انه لا يجوز للحاكم
الطلاق في زوجة الصغير للنص والاجماع وليس ذلك تخصيصا في عموم ادلة
النيابة لخروج المورد عن موضوع النيابة اذ ليس ذلك للامام من حيث
حكومته الشرعية حتى يثبت للفقيه بعموم المنزلة وان كان له ذلك من جهة
سلطنة الامامة والولاية بالمؤمنين من انفسهم الا ان تلك الجهة خارجة عن
المبحث وقد عرفت ان من شرائط النيابة جواز الفعل للمنوب عنه في ذاتها لم يكن
ذلك للامام يعدم كون الفقيه لا يخرج عن عموم النيابة وثانيها طلاق
زوجة المجنون وذاهب العقل وقد مضى جوازه للحاكم للنص والاجماع وثالثها
طلاق زوجة الغائب وههنا صور ينبغي الاشارة اليها والى احكامها فنقول
ان الغائب اما ان يكون معلوم الاثر بان علم انه كان في صقع معين من الاصقاع
وان لم يعلم حيوته او موته او مجهول الاثر وعلى التقديرين اما ان يكون لها منفق
من ولي الزوج او وكيله او متبرع او لا يكون لها منفق ابدا وعلى التقادير اما ان
تصبر الزوجة على البلية او لا تصبر وترجع امرها الى الحاكم فهذه صور المسألة ولا اشكال
ولا خلاف في عدم جواز الطلاق للحاكم لها لو صبرت على البلية ولم ترجع امرها اليه
كما لا اشكال في عدم الجواز ايضا لو انفق عليها منفق وليا كان او وكيلا او متبرعا
للنص والاجماع وكذا لا اشكال في جواز مباشرة الحاكم للطلاق فيما اذا كان الزوج
مجهول الاثر بعد ضرب اربع سنين للاجماع والنصوص الكثيرة الناطقة بذلك
وان كان جملة منها كجملة من عبارات الفقهاء خالية عن ذكر الطلاق في بعض المذكور فيها
ايضا بعد تمام الاجل المضروب بتعيين عدة الوفاة الا ان عدم ذكر الطلاق في
تلك الاخبار وفي عبارات العلماء الاخيار انما هو للتنبيه لوضوح الحال ضرورة

ضرورة انه لا يحصل البينونة بين الزوجة والزوج بمجرد ضرب الاجل مع احراز
حيوة الزوج بالاستصحاب بل يتوقف ارتفاع علقتها الزوجية بالطلاق
ويدل عليه بعض الاخبار الواردة على انه لو كان للزوج ولي يجبره الوالي
بالطلاق وان لم يكن له ولي يطلقها الوالي وكان طلاق الوالي طلاق الزوج
وعدة الوفاة المذكورة في الاخبار لا تنافي مع الطلاق لكونها جمعا بين العدتين
مراعاة للاحتياط لاحتمال موته وبالجملة لا اشكال في جواز طلاق الحاكم
للمفقود زوجها وذلك من الموارد التي قام الاجماع على جواز مباشرة الحاكم
للطلاق وانما الاشكال فيما لو كان الزوج معلوم الاثر ولم يكن له ولي
ينفق عليها سواء لم يكن له ولي اصلا او كان ولم يقدر على انفاقها فهنا [illegible]
يجوز للحاكم ان يطلقها او ليس له ذلك فلابد ان تصبر هي وهي مبتلاة
حتى يأتيها زوجها او يبلغها موته او طلاقه والظاهر المستفاد من كلمات الاصحاب
انه لا يجوز للحاكم طلاقها بل لابد عليها الصبر حتى يبلغها موته او طلاقه [illegible]
لم ينقل الطلاق في ذلك واصح الدليل عليه هو الاصل لخصوص الامر
بصبرها وهي مبتلاة ولولا ظهور الاجماع لامكن الاستدلال لجواز مباشرة
الحاكم لطلاقها بان صبر الزوجة على تلك البلية يعطي ضررا عليها منفيا في
الشريعة وبالطلاق في صحيح الحلبي الوارد في المفقود زوجها ان رفعت امرها
الى الوالي يطلقها وتعتد اربعة اشهر وعشرا وبالطلاق في خبر ابي الصباح عن
ابي عبد الله عليه السلام في امرأة غاب عنها زوجها اربع سنين ولم ينفق عليها ولم
يدر احي هو ام ميت يجبر وليه على ان يطلقها فان لم يكن له ولي طلقها
السلطان قلت فان قال الولي انا انفق عليها قال فلا يجبر على طلاقها

فان قلنا ان الرواية لنا انا ابدنا ما نريد بها وانه لا اصرح ولا افعد
كما لنا في الرسن بها ولا كرامة اذا اتفق عليها بناء على شمول المفقود
والغائب لمن عرف اثره الا ان في الروايتين ما نشير وهو انه لو كان المراد
بالغائب والمفقود هو الغائب بمعلوم الاثر فيعارضها النصوص الكثيرة
الصريحة على انه يجب عليها الصبر على البلية وليس للحاكم تطليقها وان كان
المراد منه مجهول الاثر فلا بد من تقييدها بعد ضرب الحاكم اربع سنين
اذ لا يجوز له طلاقها قبله بمجرد مضي اربع سنين من غيبة الزوج لا
في الرواية الثانية لا يسوغ طلاق الحاكم ظاهرا الا بعد ضرب تاجيلا
وحينئذ فمقامها البينة والروايتان ابيتا عن هذا التقييد خصوصا
الثانية كما لا يخفى وبالجملة فلو اخذ بظهور الغائب والمفقود في مجهول
الاثر كان ظهوره فيه غير خفي فلا بد من تقييدها لضرب الاجل للاجماع
والنصوص واما لو حمل على معلوم الاثر فهو مع مخالفته للظاهر يعارضه النصوص
المانعة عن ذلك والمقدم عليها لصراحتها وكثرتها وموافقتها للاصل
كما هو حسبما عرفت وكيف كان فلا وجه للاعتماد على هاتين الروايتين لاثبات
ولاية الحاكم على الطلاق واما الاصرح فهو محكوم بالاجماع المحكي وبالنصوص
الامرة على الصبر على الضرر وانه هنا هل للحاكم ان يطلق زوجة
الحاضر اذا لم ينفق زوجته ام لا وهذه مسئلتان احديهما ان يكون عدم
الانفاق لاعسار والثانية ان يكون لتمرده اما الاولى فالحكم فيها
على ما هو المشهور من عدم فسخ النكاح بالاعسار لا يكون التمكن من النفقة شرطا
في الكفو واما على القول بكونه شرطا في الصحة او اللزوم كما اختارها

كما اختارها بعض القدماء ولها خيار الفسخ فلا مجال للبحث عن ولاية الحاكم
في الطلاق فيها كما لا يخفى وعلى المشهور ايضا كان في ذلك عدم ولاية الحاكم في
الطلاق فان كان الصبر ضررا عليها فالدليل عليه بعد الاصل ما روي عن
امير المؤمنين عليه السلام ان امرأة استعدت على زوجها للاعسار فابى ان يحبسه
فقال ان مع العسر يسرا وذلك صريح في عدم جواز الطلاق باعسار الزوج وعدم
ويدل على انفاقها لا يعارضها سوى صحيح ابي بصير عن الصادق عليه السلام من كانت
عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان
حقا على الامام ان يفرق بينهما وصحيح ربعي وفضيل عن الصادق عليه السلام ايضا
ان انفق عليها ما يقيم صلبها مع كسوة والا فرق بينهما والجمهور حملوا
للامام التفريق بينهما فيثبت للفقيه بعموم المنزلة لكن يرد عليهما ان تعارضهما
مع العلوي تعارض الاطلاق والتقييد لان العلوي صريح في عدم جواز الطلاق في
مثله عن حاضنة وهما مطلقتان في عدم انفاق الزوج لاجل
فيهما فارفع لاعسار او لتمرده فيحمل المطلق على المقيد ولا نص يحمل
المحوزين على صورة التمرد فلا يشمل صورة العسر فالعلوي سليم
عن المعارض فيخصص عموم الخبر المتقدم بغير صورة التمرد وهي مسئلة الثانية
فمقتضى ظاهر الخبر المذكور بعد تقييدهما بما عرفت جواز طلاقها
للامام الا انهما غير صريحين في الثانية في الدلالة وان يلحقا في الضرر ما يلحقا
ولذا اورد عليهما صاحب الجواهر قده بان المراد بقوله يفرق بينهما
الامام بان الزوج بالطلاق والتفريق لا انه يطلقها حتى يصير دليلا
على المدعى وانت خبير بان هذا الايراد في غاية الضعف لما يرد عليه اولا ان ظاهر

خلاف الظاهر لوضوح الفرق بين قوله يفرق وبين قوله يأمر بالتفريق
وثانيا ان الامر بالتفريق والطلاق له معنيان احدهما على الحكم فيهما
بالطلاق اما الاول فمعناه يأمر الزوج بالطلاق فاذا امتنع عنه
يطلقها بنفسه لانه ولي الممتنع وعلى ذلك عبر الشيخ حيث استدل بالخبر
بمباشرة الحاكم للطلاق انما يقول به بعد امر الزوج به وامتناعه اذ لا
يجوز له ذلك قبل امتناع الزوج اجماعا لان ولي الطلاق انما هو الزوج
ما لم يمتنع وثانيهما انه اجبار الزوج واكراهه حتى يطلق مكرها وكان
يحتج بالخبر على المشهور المنصور ان الاكراه على الطلاق لا ينفع اذ لا يحصل به التفريق
فان قلت المكره عليه هو صدور لفظ الطلاق لا قصده لانه مما لا يدخله
الاكراه وح فان قصد الزوج المكره على صيغة الطلاق معناه فيقع
الاكراه لانه ثاني لقصده وان لم يقصد المعنى فعند الحاكم يقصد اللفظ
الزوج والقصد الحاكم فيقع الطلاق قلت ان كان ولا بد من دخل الحاكم
في صحة صدور الطلاق من الزوج المكره فلا بد في ح من ان يقصد تمام الطلاق
لفظا ومعنى منه او يقصد قصد المعنى خاصة عنه والقصد والمكره حاكم تجرد اللفظ
دون قصد المعنى لا يحصل به الطلاق وتمام الكلام في ذلك مذكور في محله وبالجملة
لا ينبغي صدور مثل ذلك من صاحب الجواهر والصواب
لو صح ان يكون المراد بقوله يفرق فالفرق بينهما هو
علقة الزوجية والمعنى حكم الامام ان يأمر الزوج بالنفقة او
بنفقتها جبرا عليها او يطلقها لان ذلك عن الزوج بنفقتها
لوظيفة الحاكم ولا اطلاق فيه فلا دلالة لها على ولاية الحاكم في الطلاق كما

وظيفة

كما لا يخفى فالاصل انتفاء ولاية الحاكم سليم وامثال الاخر نحو ما ذكرنا
غير مخرجة عنه من العمومات التي يحتاج العمل بها الى الجابر عمل الاصحاب
هو مفقود هنا بل الشهرة العظيمة بين الاصحاب عدم الجواز ولم اجد
مخالفا فيه سوى ما حكاه كاشف اللثام عن بعض ان للحاكم ولاية على الفسخ
والطلاق ونحو ذلك ومنها انه هل يجب على الفقيه اقامة الحدود
في زمن الغيبة ام لا والمشهور بين العلماء والفقهاء والاشكال انما هو في الخلاف وقد
نقل الاجماع على جواز اقامة الحدود في بعض الموارد ولم ينقل الخلاف
عن ... ظاهر ... ويظهر من المحقق ... التوقف
وعلى ذلك ... في بعض كتبه وكيف كان فالتبع هو ... ويمكن ان
يستدل لوجوب ذلك على الفقيه بالادلة الاربعة اما الكتاب فقوله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وقوله سبحانه الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد
منهما فانهما باطلاقهما تشمل زمن الغيبة ومن الواضح ان المخاطب بهذا الخطاب هو
الفقيه لخروج غيره عن الخطاب بالاجماع بكلا قسميه واما السنة فطائفتان
احدهما عامة كالاخبار الدالة على ان الفقيه نائب عن الامام وبمنزلته التي
استفدنا منها عموم النيابة ومقتضاها كون اقامة الحدود بيد الفقيه لانه كان
ثابتا للامام في زمن الحضور فيثبت للفقيه بعموم المنزلة والثانية خاصة
باقامة الحدود ومنها ما رواه حفص بن غياث قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عمن
يقيم الحدود السلطان او القاضي فقال اقامة الحدود بيد من اليه الحكم بتقريب ان
المراد بقوله من اليه الحكم الحكومة والقضاوة فالعدول عن السلطان الى
غيره مما يفيد معناه لا بد ان يكون لنكتة ومنها ما رواه في الفقيه

باسناده عن اصبغ بن نباته قال قضى امير المؤمنين عم ان ما اخطات به القضاة في
دم او قطع فهو على بيت مال المسلمين فان قوله في قطع دليل على ان اجراء
الحدود وقطع ... بيد القضاة فلو اخطات فيه فهو من بيت المال ومنها
رواية ابي عقبة الواردة في حكاية ابي عبد الله عم مع عيسى بن ... قاضي ابن هبيرة وفيها ما
قال ابي ابن هبيرة وضع على قضائه الا فقيها قال ...
المرء ونوجه الغم ... ونوجه الغم ... الغم قال
وتضرب الحدود قال الغم قال ... اموال اليتامى قال الغم ... على
ان هذا الرجل ... الحدود اما الاجماع فنقل على ... علم الحاكم بان
الوجوبان ... نقل الاجماع على جواز عمل الحاكم بعلمه ... علم
فاذا ثبت اجراء الحاكم الحدود بعلمه فاجراؤها بالبينة ونحوها بالطريق الاولى
واما العقل فتقريره ان المطلوبية اقامة الحدود في الشريعة في غاية الضرورة
والبداهة وانه من المقاصد الذي بعث الانبياء لحفظها ومن الواضح ان اجراءها
بيد كل احد موجب للفتنة ... واما لا يجب ذلك ... نقل العقل ... بان
الجميع ... ان يكون هو الفقيه هذا ولكن الانصاف ان الادلة كونه ...
عموم النيابة كلها مخدوشة لا يصح الاعتماد عليها فاثبات هذا الامر للفقيه
في زمن الغيبة اما لا ثبات ... الخطاب ... والتحقيق في الخطابات الشفاهية
اختصاصها بالموجودين في زمن الخطاب ولا تشمل المعدومين ... اشتراك
التكليف وان كانت ... الا ان ثبوت الاشتراك مبني على اتحاد الصنف كما
ذكره العزيز ... في وجوب صلوة الجمعة فاتحاد الصنف غير ثابت في المقام
لاحتمال اختلاف صنف الموجودين كما لا يخفى واما رواية حفص بن غياث

عن غياث فيرد عليه اولا ان قوله الى من اليه الحكم يحمل على مذهبنا الامام لمن
لا يعبد ... ذكر نكتة العدول عما سئل الى عبارة اخرى ... ان المراد
انه ليس اقامة الحدود بيد السلطان ولا القاضي بل هو بيد الثالث وهو
الحاكم المنصوب من قبل السلطان لاجراء الحدود واقامته السياسات العرفية
وذلك هو الواسطة بين السلطان والقاضي كما هو منكشف بملاحظة حال
سلاطين العرب فيه ان السلطان ينصب القاضي للافتاء والقضاء ...
لاجراء السياسات وحفظ ... وامثال ذلك وعلى مذهب الامامية ...
الاشكال بعد ثبات الولاية للفقيه ومع ... في الاحتمال ...
الاشكال او يكون من باب الاجمال ... ان المراد من قوله من اليه الحكم
هو الحكومة والقضاوة لكن ... عليه ما ... في الرواية الاخرى
واما قضاء امير المؤمنين عم بان ما اخطات القضاة فهو من بيت المال
فيحتمل ان يكون المراد كما هو ... القضاة المنصوبين من قبله خاصة ...
فالقول بخطاء القضاة المنصوبين من ... فلا يجوز التعدي عنه
الى القضاة الغير المنصوبين ... منه الملازم بين القضاء واجراء الحدود
وهو الذي قلنا ولا يمنع الملازمة بين القضاء واجراء الحدود ...
الاجماع بانه لا يجوز للقاضي المنصوب ... نصب له فلو كان منصوبا
للافتاء لا يجوز له ضرب الحدود ولو نصب لاجراء الحدود لا يجوز له الافتاء
وثانيا نمنع استفادة الملازم القضاء ... الحدود ...
في زمن الغيبة بل القدر المتيقن ... الملازم للقاضي المنصوب من قبل الامام
ذلك واما المطلق فلا وبالجملة ... احتمال ... الحكم بالقاضي المنصوب
يضعف الاستدلال بها لاثبات ولاية الفقيه واما استفادة من العلماء ...

وان فيه الحدود مضافا الى ما ذكرنا من احتمال اختصاص الحكم بالقاضي
المنصوب بنصب الامام [illegible] لحمله على الاستفهام التقريري بل الاولى حمله على الاستفهام
الانكاري لعدم اهلية ابن [illegible] الاسود او الاستفهام الاستخباري واما
الاجماع فنقول ان المحقق عندنا عدم حجيته كما هو مقرر في الاصول واما دليل
العقل فتمام الا انه يتوقف على [illegible] او ورده علم الهدى قده على المسألة العامة بوجوب
نصب الامام على الرعية بان اقامة الحدود واجبة وما لا يتم الواجب الا به واجب ابتداء
احتمال اشتراط وجوب اقامة الحدود بوجود الامام وتحصيل مقدمة الواجب المشروط
ليس بواجب فلا يجب نصب الامام على الرعية ومع احتمال اشتراطه بوجوده لا يحكم
العقل بوجوب اي منها على الفقيه بدلا عنه لاحتمال اشتراط الخصوصيات الفائتة
فما تعينه يحمل [illegible] ويسهل ترجيحه فتلخص مما ذكرنا ان عمدة ما يعتمد عليه في
اثبات هذا المنصب للفقيه هو عموم ادلة النيابة والمنزلة اذ لا اشكال في ثبوتها
للامام فيثبت لنائبه ومنها انه هل يجوز للحاكم التصرف في الاراضي الخراجية
باجارة واذن وبيع كما جاز ذلك للامام ام لا وهذا مما ان [illegible]
هل يجوز اجارته ويبرء ذمة المتصرف اذا دفع الاجرة اليه كما يبرء بدفعها الى
السلطان الجائر للنص والاجماع ام لا بل يتعين الاجارة من السلطان الجائر و
يتوقف التصرف على اذنه فيه خلاف والمحكي عن الشهيدين وجماعة هو الثاني وادعي
الاجماع عليه وعن المك في باب الارضين وذكر الاصحاب انه لا يجوز لاحد جحدها
ولا منعها ولا التصرف فيها بغير اذنه بل ادعى بعضهم الاتفاق عليه انتهى وفي الكفاية
ان ظاهر الاصحاب ان الخراج والمقاسمة لازم للجائر حيث يطلبه او يتوقف على اذنه
انتهى ووافقهم كاشف الغطاء قده في شرحه عند حيث قال ويقوى حرمة سرقة
الحصة وخيانتها والامتناع عن تسليمها بعد مطالبتها الى الجائر وان حرمت

وان حرمت عليه ودخل تسليمها في الاعانة على الاثم في البداية او الغاية
لنص الاصحاب على ذلك ودعوى الاجماع انتهى وخالفهم شيخنا العلامة الصادق
ومنع من جواز تسليم الاجرة الى الجائر مع التمكن معللا بانه لا ينبغي ذلك
ولا بد في تسليم الى الامام ع او نائبه الخاص او العام ومع التعذر عنهم
يتولى صرفه في المصالح حسبة واما الاجماع المدعى فوجهه بقيامه على
استقلال المتصرف في تصرفهما [illegible] بدون ان يدفع الاجرة الى الامام ع
ولا الى السلطان بجواز سرقة الحصة من السلطان او الامام والاستقلال
في التصرف حرام اجماعا واما الاستئذان من الامام ودفع الاجرة اليه فلم
يقم اجماع على عدم جوازه وعدم حصول البراءة والتحقيق في الكلام ان
المسألة مبنية على انه هل حدث للسلطان الجائر حق في الاراضي الخراجية
يتقدم على حق الامام ع اليه ام لا بل الحق ثابت للامام خاصة واما اخبار
[illegible] بالسقوط يعني انه لو دفع المتصرف الاجرة الى السلطان برئت ذمته
فلو استفيد من اخبار السقوط [illegible] حدوث حق للسلطان الجائر في تلك الاراضي
فلا يجوز ح اجارة الحاكم ولا ينفع اذنه لخروجه عن عموم النيابة بقيام
الدليل على ان السلطنة فيها تختص بالسلطان وان لم يستفد منها الا
ما يستفيد منها ان ذمة المتصرف تبرء بدفع الاجرة اليه فالذي تقتضيه القواعد
جواز الحاكم بعموم النيابة حيث انه ثبت ذلك للامام وكل ما ثبت له يثبت
للفقيه بعموم المنزلة والظاهر هو الثاني لان استفادة الحق للسلطان منها
في غاية الاشكال واما الاجماع الذي نقله كاشف الغطاء قده
فهو محمول على ما لو سرق الحصة من السلطان واستقل بالتصرف فيه ولم يدفع
الاجرة لا الى الامام ولا الى السلطان لانها [illegible] المتصرف فله بدلها من اجرة

تصرف في مصالحهم واما لزوم دفعها الى السلطان الجائر فلم يثبت
بل يمكن القول بعدم جوازه مع التمكن مع قطع النظر عن بعض الاخبار
المجوزة له لانه اعانة ظالم وتقوية لشوكته دينا سيما بيع الاراضي
الخراجية التي لا خلاف ولا اشكال في جواز بيع الامام عم لها اما
لاغراضه الشخصية او للمصالح العامة كما لا اشكال في جواز بيع السلطان
الجائر لها وصرف ثمنها في المصارف العامة لقيام السيرة والاجماع عليه
انما الاشكال في انه هل يجوز للفقيه بيعها ام لا فنقول لا
الفقيه اذ بيعها لاغراضه الشخصية او في المصالح العامة اما الاول
فلا ينبغي التأمل في عدم جوازه وان جاز ذلك للامام عم لما عرفت
من عدم جريان عموم النيابة حتى في الاموال العائدة الى الامام للاغراض
الراجعة الى شخصه عم حتى يحكم بجوازه للفقيه وان ذهب اليه بعض الفقهاء
المعاصرين تمسكا بادلة النيابة لان ادلة النيابة انما تجري فيما يصدر عن الامام
للاغراض الراجعة الى منصبه الكلي من باب الحكومة الشرعية وحيث لم يوجد دليل النيابة
فالاصل القاضي بفساد البيع والمعاملة محكم على العارض واما الثاني
اعني بيعها لمصالح عامة المسلمين ففي جوازه وجهان من ان الارض الخراجية
للمسلمين وجميعهم فيها شرع سواء ولا مدخلية لاشخاصهم فيه فلذا لا يجوز
تصرفهم فيها ببيع وشراء ولا هبة ولا معاوضة ولا تمليك ولا اجارة
ولا ارث ولا غير ذلك من التصرفات ومن الواضح انه اذا كان من هذا الجنس
فالمرجع في بيعه هو ولي الجنس والولي في زمن الغيبة هو الفقيه فهنا يجوز
للفقيه بيع عين الزكاة لمصالح الفقراء ومن ان الظاهر كون حكمها شرعا
بقائها وصرف خراجها في المصالح كالوقف وكالارض الموصى بها ولكن

ولكن الاوفق بالقواعد والاقرب اليها هو الاول واحتمال كون حكمها
شرعا حبس الاصل وتسبيل الثمرة مما لا ينبغي الاعتناء به لعدم قيام دليل
عليه ولم يتحقق اجماع ايضا على عدم جواز بيع الفقيه لها حتى يكون صارفا
لنا عن مقتضى القاعدة بل الاجماع انما هو على عدم جواز بيع المتصرفين لها
الا تبعا لاثارها وبالجملة فلا يبعد كل البعد الحكم بجواز بيع ولي المسلمين
شيئا منها لمصلحتهم والدليل عليه مضافا الى ما عرفت من انه ولي
عموم ادلة النيابة لثبوت جوازه للامام عم فيثبت لنائبه ايضا
ولم يثبت من اخبار [illegible] الى السلطان الجائر تمليكها اياه حتى
يخرج عن مورد النيابة ونحو جواز شراء اهل الذمة منه لا يستلزم تمليكه اياه
وان كانت صحة البيع مشروطة بالملك لما تقرر في محله من انه اذا ثبت
جواز بيع غير المالك بالدليل فلا بد من الالتزام بالملك آناً ما حتى يصح
قبله جمعا بين دليل اشتراط صحة البيع بالملك وبين ما دل على جواز
بيع غير المالك ومنها انه هل للحاكم ولاية على التصرف في مال
الغائب لنفسه ام لا فيه خلاف وقبل الخوض في تحقيق المسألة ينبغي
الفرض الى صوره فنقول ان لها صورا وذلك لان التصرف اما في ماله
او في ما يرجع الى نفسه وعلى الاول فالتصرف اما ان يكون لدفع الضرر
عنه او لجلب المنفعة اليه او يكون عليه وكذا على الثاني وعلى جميع التقادير
فاما ان يمكن استخبار حاله واستعلام رأيه من غير ضرر ولا حرج او لا والثاني
على قسمين لانه اما لا يمكن الاستخبار اصلا او يمكن مع المشقة او الضرر والعسر
فهذه صور المسألة اما الصورة الاولى وهي ما كان التصرف في ماله

لاصل دفع الضرر عنه مهما امكن استيجاره بلا ضرر ولا حرج فله اشكال
في عموم ولاية الحاكم عليه حتى اذ مع امكان اجارته هو اولى بحفظ ماله
من غيره فاذا اورد ضررا على ماله والحال هذه فقد ادخل على المالك ذلك
الضرر على ماله والناس مسلطون على اموالهم واما الثانية وهو
ان لا يمكن اعلامه اصلا او يستلزم الاعلام ضررا عليه فقضية القواعد
فيها كون ولاية حفظه للفقيه نظرا الى عموم المنزلة بعد ما ثبت
ذلك للامام لان حفظ اموال الناس من المقاصد المهمة التي بعث
لها الانبياء والمرسلين من لدن رب العالمين وبقوله تعالى وما على المحسنين
من سبيل فان الحافظ لاموال الناس من نظر في الضرر اليه محسن بلا اشكال
فلا سبيل عليه ودعوى قضاء عموم الاية بجوازه لكل احد فلا اختصاص
للفقيه فيه مدفوعة بما ذكرناه سابقا في نظير المسألة ان ذلك لو كان ثابتا
من كل احد لزم الهرج والمرج والنزاع والخصومة فلا بد من الالتزام
باختصاص القيام بحفظ اموال الناس للامام وبالفقيه العالم بالاحكام
دون غيرهم من العوام واما الصورة الثالثة وهو ما كان التصرف في مال
الغائب لاجل جلب النفع له فالظاهر انه لا ينبغي الاشكال في عدم ثبوت
الولاية للفقيه في ذلك وذلك للاصل لاستقلال العقل بقبح التصرف
في مال الغير بغير اذنه وقد اعتمد الفاضل النراقي ره في العوائد
في عدم ثبوت الولاية للفقيه في هذه الصورة على الاصل الذي ذكرناه
الا انه ره اورد التامل في ذيل كلامه ولعل وجهه ان عموم ادلة نيابة الفقيه
عن الامام ع حاكم على هذا الاصل الاولي القاضي بعدم الولاية ولكن لنا في

لنا في ما ذكره تامل لمنع جريان الادلة المذكورة فيما لم يثبت ثبوته
للامام ع من باب الحكومة الشرعية فلا يمكن اثباته للفقيه من باب عموم
النيابة مع ان الشك في ثبوته له لكان كافيا في منع جريان الادلة بعد ما عرفت
من اشتراط جريانها بجواز الفعل للمنوب عنه نعم لو احرز رضا المالك
الغائب بشاهد الحال ونحوه في هذا النحو من التصرف امكن الحكم بجوازه له
الا انه على هذا لا خصوصية للحاكم في ذلك بل يجوز التصرف لكل
من احرز رضا المالك به كما لا يخفى هذا كله فيما لو كان التصرف له واما
اذا كان عليه كما في النفقة على من يجب نفقته على الغائب من ماله فالظاهر
انه لا اشكال في ولاية الحاكم وجوازه له لقيام النص والاجماع عليه
واما التصرفات الراجعة الى نفسه فقد عرفت انها ايضا تارة
عينية واخرى له اما الاول فمنها … ومنها طلاق زوجته
وقد تقدم البحث في ولاية الحاكم عليه وعدمها ومنها انه لو باع
المالك متاعا مع اشتراط الخيار لنفسه عند رده الثمن الى المشتري
في راس مدة معينة فغاب المشتري ولم يحضر فقد اسقط الاجل فهل يقوم
الحاكم مقام المشتري ويحصل الشرط برد الثمن اليه فللبائع ان يفسخ
البيع اذا انفذ الثمن وسلمه الى الحاكم ام لا فيه خلاف والمحكي عن المحقق القمي ره
احتمال الاول وهو حصول الشرط برده الثمن الى الحاكم وعن الشيخ علي والفاضل
والفاضل في العوائد اختيار الثاني واستدل في الثاني للثاني بان خيار
البيع مشروط بالشرط وهو وصول الثمن الى المشتري وقد فرض انتفاؤه
لانتفاء الوصول اليه فيتبعه انتفاء المشروط وهو الخيار ثم المشهورة [illegible]

وهو ان مقتضى قاعدة نفي الضرر ثبوت الخيار للبايع لان لزوم
البيع مع تعذر الرد الى المشتري ضرر عليه منفي في الشريعة ومقتضيه
ذلك قيام الحاكم مقام المشتري في قبض الثمن ليحصل به الفسخ واجاب عنه
بوجهين احدهما ان البايع قد اقدم على ضرره والضرر الذي اقدم عليه
غير منفي في الشريعة ولم يذكر وجه اقدامه عليه بخصوصه وهو انه اي
البايع لما كان متمكنا في اشتراط رد الثمن بالنسبة الى المشتري او
وكيله او وليه او الاطلاق بحيث يعم ذلك ومع ذلك لم يعمم وعلقه بخصوص الرد
الى حضور المشتري مع احتمال غيبته وتعذر الوصول اليه الرد فقد اقدم
على ضرره وثانيهما ان دفع الضرر لا يتوقف على فسخ البايع بدفع الثمن
الى الحاكم اي لا ينحصر فيه لامكان تحصيله بالاستمهال [illegible] الحاكم بان يجعل
للحاكم خيارا اخر ويضرب اجلا غير الاول حتى يحضر المشتري وفي كلامه نظر لوجهين
نظرا اما في الاول فلانه منقوض بصورة موت المشتري مع ان مقتضى
ما ذكره لزوم العقد لانتفاء شرط الخيار وعدم جريان قاعدة
لا ضرر ولا ضرار لاقدامه عليه مع احتمال موته فلا ينفع رد الثمن الى الوارث
او الى الحاكم مع عدمه في حصول الفسخ اللهم الا ان يلتزم به في هذه الصورة
ايضا بمقتضى ما ذكره ويكفي انه ليس فيها اجماع يوجب اخراجها عن القاعدة بل
التزم المصنف [illegible] عدم اختصاص الخيار بالغيبة بل جعله مثل
بالجنون ايضا وان لم يمثل بالموت الا ان الظاهر اتحادهما في الحكم بحيث حكم
باللزوم عند طرو الجنون يلزمه الالتزام به اذا مات ايضا وثانيا
انه دعوى انه هو المقتصر في الاقدام على عدم ثبوت الولاية للحاكم ضرورة
انه لو كان له الولاية وقام مقام المشتري الغائب وحصل الشرط فلم يتم

فلم يتقدم على ضرر بنفسه فلو توقف عدم الولاية على الاقدام المانع
عن جريان قاعدة لا ضرر ايضا توقف ثبوتها بثبوت الولاية وهو دور صريح
وثالثا انه لا اشكال في عدم تحقق الاقدام منه بالشرط المذكور لو
كان عالما حين العقد واشترط بحضوره الى زمان حلول الاجل وكذا
الحال مع احتمال البقاء على صفة الحضور اعتمادا على اصالة البقاء
لانها حجة في العلم وما نحن فيه من هذا القبيل ولا ينبه الحاكم على الغائب
بجعله قائما مقامه فاذا صار بمنزلته وقائما مقامه يدفع اليه انقدام
البايع على ضرره وخامسا انه لو تم اقدام البايع على الضرر لشرطه
الذي لا يدري انه يحصل ام لا تقتضيه بطلان البيع لا صحته ولزومه
لانه موجب للغرر والجهالة اما في البيع او في الشرط وعلى الاول يبطل
الاول وعلى الثاني يبطل الثاني والاول ايضا بناء على كون الشرط الفاسد
موجبا لفساد العقد مثل واما في الثاني فلمنع دفع الضرر بالاستمهال للعقد
ما لم يكن له اصل ولا حد بل يتوقف فسخه الى الفسخ ورد مثل الثمن الى الحاكم
فان قلت الفسخ البيع برد الثمن الى الحاكم ضرر على المشتري الغائب فيتعارض
الضرران ح ويتساقطان قلت ليس الفسخ ضررا عليه بل انما هو فوت
نفع وبينهما بون بعيد وبالجملة فتحقيق الحال في هذا المجال ان يقال
ان المسألة ذات صور على نحو الاحتمال لا بد من التنبيه عليها على وجه الاجمال
وهي ان البايع اما ان يشترط رد الثمن الى المشتري بخصوصه لا غير بان يصرح
بذلك في متن الشرط او لا بل يشترط رده الى من يوصله الى حضور المشتري
او يطلق بان يقول بشرط ان ادفع الثمن اليك ويفهم من ظاهر كلامه خصوص
ارادة شخص المشتري ذكره صريحا بل انما في الشرط مطلقا او يصرح بالتعميم

فيقول بشرط رد الثمن اليك او الى وكيلك او من يقوم مقامك او
يطلق اللفظ ويفهم منه عدم ارادة خصوص المشتري وان الخطاب اليه
انما هو من باب المثال اما القسم الاول فلا ينبغي الاشكال والخلاف
في لزوم العقد فيهما بمجرد نقد الثمن الى المشتري لان الخيار مشروط فيهما
برد الثمن الى خصوص المشتري وهو غير حاصل فيلزمه عدم حصول المشروط
ولا يجري فيهما حديث لا ضرر لا اقدامه عليه في ذلك الصور كما لا يخفى ولا يجري فيها
اوردنا في المقام على قاعدة الاقدام كما لا يخفى على المتأمل فيما ذكرناه في الكلام
واما الصورة الرابعة والخامسة اعني ما لو صرح بالتعميم او اطلق
وفهم منه عدم ارادة الخصوصية فالظاهر انه لا اشكال في حصول
الشرط فيهما برد الثمن الى وكيل المشتري ولا يسقط الخيار بمجرد التعذر الرد
الى المشتري اذا لم يكن الخيار مشروطا برد الثمن اليه خاصة بحكم العرف فالحكم
بسقوطه ح ضرر عليه منفي وقاعدة الاقدام غير جارية في المقام للوجوه
المذكورة وعلى هذا لو كان له وكيل حاضر او ولي بخصوص قبض الرد المبر
والا فيقوم الحاكم مقامه ويحصل الشرط بالرد اليه لانه وكيل المطلق و
الولي العام عليه بحكم الحاكم بالحق وبالجملة فيقبض الحاكم هذا العوض
الثمن البايع لانه بعموم الولاية وقاعدة لا ضرر المتمسك عليها اذ لو
لم يقبضه لم يحصل الشرط فسقوط الخيار ضرر عليه اي على البايع فيقيمه ثم
الحاكم مقام المشتري بعموم الولاية فيلزم عليه قبض الثمن حتى لا يتوجه ضرر على
البايع ونوضح كلامه انا فاننا هو ان الاشكال هاهنا عدم قيام الحاكم مقام
فلا يحصل الشرط حتى يفسخ البايع العقد وهو كما ترى ضعيف انا هل لو لو
نذهكا وثانيها قيامه مقامه فيحصل الشرط اذا رد الثمن اليه وهو المحكي عن

المحكي عن الفاضل القمي قده وثالثها جواز فسخ البايع العقد مع تخلية
البيع الثمن وجعله امانة عنده او عند غيره من العدول حتى يحضر المشتري
وهو الذي ادعى صاحب الحدائق ره ظهور اتفاق الاصحاب عليه بقال الظاهر من
تفرعهم الحكم برد الثمن مع غيبة المشتري من غير ان يتعرضوا الى ذكر الحاكم والا فانما ذكر ان الحاكم يتولاه ان كان مال البيع
حتى يطرحهم ويفاوض عنه فبينهم في الاخبار المذكورة ونحو
ذكر الاكثر عدم اعتبار حضور الخصم في فسخ لكنه انكر القائل لم يطلع هذا
ثبوت الخيار الا ان ذكرهم ذلك انما هو في مقام شرط اصل
الفسخ بمعنى انه لا يشترط في تحقق الفسخ حضور الخصم خلافا لبعض العامة الخالف
ولا بأس في ذلك غيابه وحضوره لحصول شرط رد الثمن وكيف كان فمبنى الاقوال
المذكورة هو ان البايع اذا اشترط رد الثمن الى المشتري بعنوان خصوصية
الخاص بان يكون بصفة المشتري موضوعية في نفسه او لا يشترط ذلك بل
يشترط رد الثمن اليه او الى من يوصله ويقوم مقامه وعلى الاول فلا اشكال
في انتفاء الشرط بتعذر الرد الى المشتري ولا يجري فيه حديث لا ضرر لاقدام
البايع عليه بشرطه رد الثمن الى المشتري بعنوان صفة الخاصة كما لا يجري ايضا
عموم نيابة الحاكم فيه لعدم قابلية المحل للنيابة لان الشرط هو الرد
الى المشتري خاصة بلحاظ الخصوصية المحصلة بالرد الى غيره حتى يقوم مقامه
وحينئذ في اشتراط النيابة بقابلية المحل لها وهذا هو مبنى القول الاول
وعلى الثاني فان اريد بالرد ما هو مجرد تخلية البيع الثمن او ايصاله الى
المشتري ومن يقوم مقامه نظير القبض في السلم حيث اختلفوا في حقيقته
القبول بعد اتفاقهم على انه في غير المنقول عبارة عن مجرد التخلية وفي انه
في المنقول عبارة عن التخلية او الايصال فان قلنا بان المراد بالرد في المقام
هو التخلية فيتوجه ما حكاه صاحب الحدائق ره عن الاصحاب جواز فسخ

الفسخ

او الى الحاكم فيفسخ ويجعل الثمن امانة عنده او صدقة عنه وعلى الثاني كان مع الحكم او هو يرفع الضرر ففيها يتقيد الاتصال الى المشتري عنهم

فسخ البائع وجعل الثمن امانة اذ بمجرد التخلية يحصل الشرط من غير توقف لحصوله
بوصوله الى المشتري ومع تعذره يتولى عنه الحاكم عموم الولاية والنيابة
وهذا هو مدرك قول الفرقة فلحظ بما ذكر ان ثبوت ولاية الحاكم او العام
متوقف على عدم اشتراط رد الثمن الى خصوص المشتري عند عدم كون المراد الرد
مجرد التخلية بل كونه عبارة عن الايصال وح فيقوم الحاكم مقام المشتري الغائب
فاخذ الثمن فيتحقق الشرط ويتفرع على ما ذكرنا ما لو اشترى الاب للطفل مع
شرط الخيار للبائع بمثل ما يجوز له الفسخ برد الثمن الى الحب مطلقا او مع تعذر
الوصول الى الاب حاضرا فلا يحصل برده الى غيره وعلى الثاني يجوز ذلك
اوله فعلى الاول لا يجوز ولا يصح له الفسخ برد الثمن الى الجد مطلقا مع تمكن الرد الى
الاب الا بالقرض اشتراط البائع رده الى الاب حاضرا فلا يحصل برده الى غيره
وعلى الثاني يجوز ويصح الفسخ لان الغرض من الشرط هو وصول الثمن الى الطفل
اباكان او صبيا ولا خصوصية للاب حتى يثبت باشتراطه كما يتفرع عليه ايضا
لو اشترى حاكم لصغير متاعا مع شرط الخيار للبائع فهل يصح له الفسخ برده
الثمن الى حاكم اخر مع التمكن من الرد الى الحاكم الاول اذا لم يكن هناك مزاحمة ام لا
فعلى الاول لا يصح لاشتراطه الرد الى حاكم مخصوص بعنوانه الخاص فلا يحصل
الشرط برده الى حاكم اخر وعلى الثاني يحصل اذ الغرض من الشرط انكله
بناء على انما هو رد الثمن الى الحاكم الكلي والولي النوعي الذي من افراده الحاكم
المشتري ولا خصوصية له حتى يتقيد الشرط باشتراطها فيصح للبائع الفسخ
البيع برد الثمن الى حاكم اخر اذا لم يكن فيه مزاحمة واما اذا استلزم ذلك مزاحمة
الحاكم الاخر كما في بعض الازمنة والاعصار فلا يجوز الرد الى الحاكم المشتري
الا لم يكن المقصود للشرط رده اليه خاصة هذا تمام الكلام وتفريع
الحاكم على الغائب في امواله واما تصرفه فيه له فتارة يكون للنفع عنه
واخرى لجلب النفع اليه اما الاول فكما لو شرط البائع نفسه الخيار فى ما

واما في الضرر غاب قبل حلول الاجل فهل يجوز قيام الحاكم مقامه في رفع
الضرر عنه ام لا الاقوى نعم والدليل عليه هو الدليل على ولاية في المال
لدفع الضرر عنه واما الثاني فكما لو اراد رجل ان يهب شيئا لرجل هو غائب
فهل للحاكم قبوله عنه ولاية الاقوى لا لعدم الدليل عليه ومنها ان
الدائن لو امتنع عن قبول الدين اذا دفعه المديون اليه فهل للحاكم ان يقوم
مقام الممتنع في قبضه ام لا فهنا مسالتان الاولى في اصل ان هل للحاكم
ولاية على الممتنع في قبض الدين في قبضه ام لا الثانية انه على تقدير ثبوت
الولاية له فيه فهل يجب عليه القبول اذا سأله المديون ام لا واما الثانية
انه هل يجب عليه اجبار الدائن على الاخذ ام لا فان امتنع اخذه بياشرة
الحاكم ام لا يجب عليه الاجبار اصلا اما المسالة الاولى ففيها قولان حكي احدهما
نسبه الى عدم ثبوت ولاية عليه وهو المحكي عن الشيخ وابن حمزة وابن
وابن ادريس وما المحقق في بيع ودفع وحكي القول بالولاية عن العلامة في جملة من
كتبه والشهيدين والكركي وغيرهم والاقوى هو الاول لا للاصل كما
توهم او بتوهم لعارضته باصالة عدم ولاية المديون بعد العلم الاجمالي
بولاية احدهما اما الحاكم او المديون او لحكومة اصالة عدم ولاية المديون
اصالة عدم ولاية الحاكم لان الشك في ثبوت ولاية الحاكم وعدمه مسبب عن
الشك في ولاية المديون وعدمها لانه لحركة ولاله فاذا اجرى اصالة
عدم ولاية المديون لا يرتفع الشك ويرتفع الشك عن ولاية الحاكم بتبعه دعكس
القابل لقاعدة لا ضرر وبيانها ان براءة ذمة المديون بالدفع الى
الدائن المحكوم به مشروط بامرين احدهما قبول المديون والثاني قبض الدائن
حتى لم يتحقق هذان الامران في الخارج لم يحصل براءة الذمة للمديون حيث
استلزم حصول شرط القبض ضررا على المديون لعدم الوصول الى حكومة

لا ضرر على الشرط لحكومته على الاجبار المرفوع في المقام ان تحصيل
شرط القبض عند امتناع الدائن مستلزم لبقاء اشتغال ذمة
المديون بالدين وذلك ضرر عليه ورفعها ايضا كذلك ضرر وظلم
اذ لا حق للدائن على المديون في حفظ ماله في ذمته فيسقط اشتراط
قبض الدائن بقاعدة لا ضرر ويبقى الشرط الاخر بحاله ولا تصل الى ولاية
تعيين الدين في مال المديون فيتعين ما في ذمته ويجعل المعزول امانة عنده او
عند غيره حتى يقبله الدائن وتبرأ ذمة المديون بما يعينه اذ ليس
لتعيين الدين بعد سقوط شرط قبض الدائن شرطا حتى يتوقف
التعيين به فدعوى ان ارتفاع الضرر بقبض الحاكم القائم مقام الممتنع
والقول بانه لا وجه لسقوط اشتراط القبض بعد امكان قبض
الحاكم عنه مصادرة واضحة لان الشرط انما ثبت بالاجماع انما هو
قبض الدائن واما صحة قيام الحاكم مقامه في القبض موقوف على ثبوت
ولايته عليه وهو موقوف على عدم ثبوت ولاية المديون هاهنا فيه
لا ان الحاكم ولي الممتنع مما لا دليل عليه وحيث كان تعيين المديون ولي
فلا ولاية للحاكم فيه ويؤيد ما ذكرناه ان الاكثر حكموا بضمان
الدائن لو تلف المديون الممتنع الاداء بدون اذن الحاكم ولم يعتبروا البيع
بناء على كونها قبل استيفاء الحق لان المعاوضة القهرية لان ذلك
ذلك يكشف عن كون ولاية التعيين للدائن اذ لولاها لكان ينبغي
فيها الرجوع الى الحاكم لانه ولي الممتنع مكان الكلام في المقام الذي
هو عكس المقام لحصول الاذن الا ان يقال ان الفارق بين المقامين هو النص
الوارد في جواز التقاص بدون اذن الحاكم ما لا نوى وما نحن فيه
المحقق عدم ولاية الحاكم في قبض الدين واما الثانية
وهو انه بعد تسليم ثبوت الولاية للحاكم هل يجب عليه القبول اذا اسلمه

اذا سلمه المديون ام لا فيها ايضا خلاف حكي والفقيه الجواد
المقيد في كتابه مفتاح الكرامة وجوب القبول عليه ولم نقف على مصرح
به صريحا ولكن الاقوى هو وجوب القبول عليه لان في عدم قبوله ضرر
على المديون لبقاء ذمته مشغولة بالدين فمقتضى قاعدة نفي
الضرر والضرار وجوب القبول على الحاكم ولا ارى وجها لعدمه بعد
تسليم ولايته على القبض والقبول واما الثالثة فقد حكي الاجماع
عليها مع صدق عدم وجوب الاجبار على الحاكم للدائن الممتنع القبول
بعد تسليم المديون لوجهين احدهما ان الغرض من الاجبار انما
هو دفع الضرر عن المديون وهو حاصل لانه تعين في حق ولاية الحاكم و
كون قبضه كقبض الدائن ومعه فلا مقتضى للالزام والاجبار وتاديته
هذا وقد ابقي شيء مما يجب المراجعة فيه وهو ان ولاية الحاكم على القبض و
عدمها على ان المراد الممتنع في قولهم السلطان ولي الممتنع هل هو
الممتنع ولو مع الاجبار او المراد منه هو الممتنع بالاختيار فعلى الاول
ليس للحاكم ولاية على القبض لانه ولي الممتنع فلو هو الممتنع ولو مع
الاجبار وعلى الثاني ان الممتنع هو الذي يمتنع ولو مع الاجبار وعلى
الثاني يتولى القبض عنه من غير اجبار ومضيه او لانه لم يرد لفظ
الممتنع في اية ولا رواية حتى نتكلم في ان المراد منه هو الممتنع مع الاجبار
او مع الاختيار واما قولهم السلطان ولي الممتنع فلم يثبت كونه رواية
بل الظاهر انه من عبارات الفقهاء وقد تبين انه لا خفاء في معنى الممتنع
لانه من الموضوعات العرفية ولا يبقى صدقه على من امتنع بالاختيار
الا ان المورد غير قابل للاكراه والاجبار ضرورة عدم تحقق
الاكراه في مثل الرضا بعضه والقبول واشباهه من الامور القلبية

سواء كانت شيئا او شرطا والواضح ان شرط تعيين الدين هو قبول
الدائن باطنا ورضاه به والرضا من الامور الباطنية التي لا يبطلها
الاكراه ومجرد قبض الدائن دون رضاه لا اثر فيه فيتعين تولي
الحاكم للقبض وعلى هذا ينبنا الحكم في المسئلة بل نقول في مسئلة
من امتنع عن البيع الواجب عليه للانفاق ونحوه ان الحاكم يتولى البيع
خلافا للمشهور لان البيع مشروط بالرضا وهو غير قابل للتحقق مع
الاكراه ومجرد صدور اللفظ دون حصول شرط الرضا لا اثر له واما
ما ذكره شيخنا الاستاد في المقام ان تعيين الدين مشروط بامرين
احدهما قبض الدائن وثانيهما رضاه به فاذا امتنع عن القبول سقط
شرط الرضا بلا ضرر لا رافعية لسقوط هذا الشرط خاصة ولا وجه
لسقوط الشرط الاخر منهما اذ الحاكم على الشروط في المقام ليس الا ضرر
والشرط يستلزم ثبوته للضرر انما هو رضا الدائن اذ بامتناعه لا يحصل
ذلك الشرط وعدم حصوله مع كونه باقيا على الشرطية ضرر على المديون
فيسقط بنفيه واما قبض المبيع فثبوت شرطيته لا يستلزم ضررا على
المديون لامكان حصوله منه مع بقائه على صفة امتناعه باجبار
الحاكم وقضية ذلك سقوط شرط الرضا ووجوب اجبار الحاكم اياه
على القبض فيرد عليه ان الشروط التي يتعين الدين بها الا قبول
الدائن ورضاه به وليس به شرطان شرعيان احدهما رضا الدائن
والاخر قبضه حتى يقال ان سقوط احدهما بقاعدة لا ضرر لا يوجب سقوط
الاخر بل قبض الدائن واستاذنه واذنه بالوضع في المكان اطلاقه في وجوهها
كلها اسباب عادية كاشفة عن الرضا لا انه شرط شرعي في قبال الرضا

في قباله ومن الواضح ان المحكوم بلا ضرر لا بد ان يكون امرا
شرعيا فان الذي ينفى حكمه لا ضرر عليه هو الرضا الذي هو شرط
شرعي لتعيين الدين واما قبض الدائن فليس شرطا شرعيا حتى يجبره
الحاكم بايجاده بل اعتباره انما هو لكونه كاشفا عن الرضا ومن هنا
فاذا امتنع حصول الكاشف عنه حتى مع الاجبار اذ لا نظر له في غير
ذلك بمرة فاذا يجاد الكاشف وحده وما اراده قده انما يتم فيما اذا
كان لتعيينها في الذمة شرطان شرعيان احدهما القبض والاخر الرضا
اذ سقوط احدهما لا يوجب سقوط الاخر فيجبره الحاكم على ايجاد الشرط
ومن هنا يمكن الجواب عما اخترناه سابقا ورجحناه من بين الوجوه
الثلثة المذكورة فيه وهو تولي الحاكم للبيع خلافا للمشهور حيث حكموا
باجبار الممتنع على البيع ووجه الجمع هو ان البيع انما هو مركب من امور
العقد واسناده الى المالك بنفسه او شرطه مباشرة والرضا وطيب
النفس وهذا المجموع متعذر الحصول في المكره فيدور الامر بين تحكيم قاعدة
الضرر على شرطية الرضا وبين تحكيمها على اشتراط الاستناد لان قاعدة
الضرر بالاخرة انما هي اولى لا تستلزم الاول سقوط شرطي احدهما
شرطية الاستناد ومباشرة الحاكم والثاني شرطية الرضا وهذا بخلاف
الثاني لانه لا يستلزم الا سقوط شرط واحد وهو الرضا فيدور الامر
بين الاقل والاكثر فيتعين تحكيم قاعدة الضرر على كلا الشرطين لا احدهما الثاني
ولما انحصارا في مخالفة الاصل على القدر المتيقن فهذا توجيه ما ذكره
الاكثر هنالك من لزوم الاجبار ومن هنا ظهر وجه ثالث وهو التخيير بين
الاجبار ومباشرة الحاكم نظرا الى حصول دفع الضرر بكل منهما فيتعين
انه التخيير بناء على ان سقوط شرط الرضا بسقوط شرط الاستناد

مع الاكراه بحق فالقصد اصل زائد لانه تابع له في السقوط ثم اوليس
فيه مخالفة اصل مستقلا وعلى التقديرين لا يلزم المخالفة اصل واصل
ملزم التخيير بين الامرين وبالجملة فهناك وجود لكنه يغني مباشرة
الحاكم بما ذكرنا ان السبب التام مفقود للحصول فيقوم الحاكم مقام
في نفس السبب فيقوم الاجبار لان المفقود هو الرضا لا صدور العقد
المالك وقاعدة الضرر حاكمة على الشرط المفقود دون الممكن والتخيير بين
الاجبار ومباشرة الحاكم فيحكم في عرضه للتحرز عن احد الشرطين دون
[illegible] في البيع واليه يرجع قول من قال بجواز الاجبار لا وجوبه لا بنظر
المحقق الثاني فيه وكذا من قال بجواز مباشرة الحاكم قبل الاجبار
ووجوبه بعده لانه تخيير بين الامرين فيتعين احدهما بالخصوص واجبا
واذا تعذر احدهما تعين الآخر كما هو الحال في جميع الواجبات التخييرية
فظهر ان الاقوى هو اجبار الحاكم للممتنع على البيع الا ان ذلك انما هو
فيما اذا كان قصد المعنى محرزا مع الاجبار بان علم كون المجبور قاصدا
للمعنى ولو بأصالة القصد الجارية في اقوال العقلاء واما اذا لم
يكن اصالة بان علم انه لا يقصد بالاجبار الا مجرد اللفظ الخالي عن القصد
كان [illegible] فلا مجال ح للاجبار اصلا بل يتعين مباشرة الحاكم في
هذا الفرض لعدم كون اللفظ الخالي عن القصد سببا ولا سبيلا لانه من
مقولة الكلام الذي يتوقف على قصد المعنى فلو اجبر على مجرد اللفظ الخالي
عنه لزم سقوط اصل السبب وهو البيع ولا وجه له مع امكان ابقاء
السبب على حاله وسقوط شرط الاختيار فيتعين مباشرة الحاكم للبيع ودفعا
وربما ينقض ايراده على ما ذكرنا ويعني الاجبار اذ لنا ان نقول
ان البيع مورد الاجبار هنا لعله [illegible] انما [illegible] قصد المعنى

المعنى لقيام الضرورة العظيمة هنا للاجبار على عدم كون المجبور قاصدا له
ومعه لا تجري اصالة القصد في الاستعمال لانها انما تجري في الكلام ولا في
المكره بالاجبار اذ الاكراه قرينة قطعية على خلاف الاصل المذكور نعم على
هذا الامر المصرح به ما ذكرناه سابقا من سقوط الاجبار الحكمي في عرضه
الضرورة بشرط الاستناد لا استلزام تحكيمها عليه اسقاطا لما هو قوام البيع
وحقيقته لسبب قصد المعنى ولا وجه له بعد امكان ابقاء السبب على حاله للتفريع
السبب الشرط فقط ولكن الجواب عن هذا الاشكال بمنع انتفاء القصد مع
الاكراه بل المكره ايضا قاصد للمعنى وان لم يكن راضيا بالمضمون كما ذكره
صاحب الجواهر وشيخ مشايخنا الرشتي قده في مقام الرد على الشهيد الثاني
الثاني لقصد المعنى في المكره ان الرضا شيء وقصد المعنى شيء آخر والمفقود في
المكره هو الاول دون الثاني لان قصد المعنى يحصل للعالم بالوضع عند
الاستعمال [illegible] صادر عنه فالمكره على حسب طبعه قاصد للمعنى
وان لم يكن راضيا به فلا فرق في جريان اصالة القصد في الاستعمال
بين المكره والمختار ولما [illegible] الباعث [illegible] الاشتغال
فاصل هذا [illegible] الكلام [illegible] الى الكلام النفسي
وان المعنى هل هو عبارة عن [illegible] النفسي بعد [illegible] الانشاءات
بالانشاء اللفظي او عبارة عن شيء آخر [illegible] للفظ المعبر عنه
بالنسبة الواقعية في الاخبار والاعتبار [illegible] الانشاءات
ان المفقود [illegible] في المكره انما يتم بناء على الكلام النفسي وكون المعنى عبارة عن
الامر الذهني واما على ما هو التحقيق فقصد المعنى في المكره عبارة ممنوع
لانه لا يعقل [illegible] لفظه [illegible] في الخارج وليس غير [illegible] ذكر اللفظ

الا التقضي وابتداء الجائر وان لم يكن مكرها فقصد المعنى مبناء على بطلان
الكلام من يتفوه بعبارة عن الامر الواقعي وهو المراد من انه لنفي مقصود ومنهم
من ذكره الشهيد الثاني قدس سره وغيره فينبغي ما ذكرناه سابقا في نعم مباشرة الحاكم
للبيع وبطل ما ذهب اليه المشهور من الاجبار اذ لا يترتب عليه الا مجرد تلفظ
خالي عن المعنى وهو ليس ببيع لان قصد المعنى مقوم لحقيقته وما هو في صحته
وليس من الشروط الشرعية حتى تكون فاقدة لشرط حاكمة عليه لكي يمكن دفعه
وان يتحقق قصد المعنى لا يتوقف على الفور بالكلام من يتفوه بعدم توقف
استعمال اللفظ في المعنى على وجوده الواقعي كما في خبر الكاذب والامر
الابتدائي الذي يقصد به الابتلاء والامتحان حيث ان الاستعمال
محقق في الجميع وانما الفرق في الغرض الداعي الى الاستعمال من الواقعي او ان
الغرض خارج عن المستعمل فيه وعدم تعلق غرض المكره على حصول الملك الخارجي
لا يلزم عدم قصده للمعنى بل هو في تلفظه قاصد للمعنى الا ان غرضه من ذلك
انما هو دفع الضرر وهذا هو المراد مما ذكر من ان قصد المعنى مع عدم الرضا شيء آخر
والمفقود في المقام انما هو الثاني دون الاول والحاصل ان قصد المعنى
مجبول في اذهان المستعملين للالفاظ عند عدم الصارف … فلنا
لو وجود الكلام لمن قلنا بعدمه ورجح ما يتخير هو ما ذهب اليه المشهور من لزوم
الاجبار لوجود قصد المعنى في المجبور ايضا كالمختار … والحمد لله وحده
شاكلته عموم منزلة الفقيه النائب المكلف … التي يتفرع
على كل منها فروع كثيرة هذا … في المقام اشياء ينبغي التنبيه عليها
لتتميم المسألة الاول ان الحاكم لو تصرف في شيء مما يجوز له التصرف
فلا اشكال في مضي تصرفه وعدم جواز معارضة حاكم آخر له واما

واما لو وضع يده على شيء من الاوقاف والمصالح العامة ونحوها من غير
تصرف فيه بان يضبطه ثبتا مثلا فهل يجوز لحاكم آخر مزاحمته
والنظر فيه بخلاف نظره ام لا وهذه المسألة مما لم تحرر بهذا العنوان وكلام
علمائنا في كتاب … فانه قد فصل فيها وقال ما
محصله انه ان كان المستند لولاية الفقيه مثل التوقيع المتقدم الوارد جاز
المزاحمة قبل تحقق التصرف اللازم لان المخاطب بوجوب ارجاع الامور
الى الحكام هم العوام فالنهي عن المزاحمة مختص بهم واما الحكام فكل واحد
منهم حجة من الامام عم فلا يجب على كل واحد منهم ارجاع الامر الحادث الى
الاخر فيجوز لكل منهم مباشرته كالاب والجد فانما هو تصرف الاول منهما
واما اذا كان المستند فيها عمومات النيابة بدون جعل الفقيه كنفس الامام
ونظيره كنظره الذي لا يجوز التعدي عنه من حيث الحكومة الشرعية كان حيث
الولاية على الانفس والاموال فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذي دخل
في امر ووضع يده عليه وان لم يتصرف فيه تصرفا ملزما لان دخوله فيه كدخول
الامام فدخول الثاني فيه ومنازعته على تصرفه مزاحمة كمزاحمة الامام
فادلة النيابة عن الامام لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الامام عم انتهى كلامه قدس سره
مهذبا ويرد عليه اولا ان الظاهر عدم الفرق بين المدركين حيث ان مفاد التوقيع
ايضا مفاد ادلة النيابة بملاحظة تعليل وجوب الرجوع الى الفقيه في الامور
الحادثة بكونه حجة عن الامام عم اذ ليس في ذلك الا لكونه نائبا عنه لما عرفت من عدم
صيرورة الا من هو حجة عن الامام عم شخصا بعد صيرورته نائبا عنه ولذا ذكرنا
من عموم ادلة النيابة … فالفرق بين الادلة في تجويز المزاحمة وعدمه واحد لا وجه له

بل يجوز له كلهما على نفوذ احد جوازا او منعا وثانيا ان عدم جواز
المزاحمة بناء على كونه لاستفادة عموم النيابة ممنوع وما استفيد
اليه هنا كراهة المزاحمة الامام ضعيفة لا وعدم جوازها بالنسبة الى الامام ع
انما هو لامتناع وجود امامين منصوصين في زمان واحد فلو فرض وجودهما
في زمان واحد كان كل منهما وليا فعليا فيمنع عدم جواز تصرف
الثاني بعد وضع الاول يده على شيء فذلك الشيء من حيث الحكومة الشرعية
بعدم ثبوت المزاحمة باب استفادة موضوع لا يجري بالنسبة الى الفقيه بعد
فرض التعدد وانا ثبات الولاية للجميع وعدم جواز مزاحمة العلم عنهم حيث كونه
اماما ووليا لا يجري ايضا الا ان المعلوم انما هو من حيث الولاية والحكومة الشرعية
قال المحقق الاستاذ في عدم جواز مزاحمة الفقيه الى الاحتمال الذي لا مدفع منه الا
الملازمات دلالة النيابة وهو ممنوع من هذه الجهة وذلك لان نيابة الفقهاء
المتعددين يحتمل وجوها ثلثة احدها ان تكون على وجه الانضمام بان يكون
جميعهم بمنزلة نائب واحد فيشترط في نفوذ التصرف من واحد منهم على الاخرين
الباقين وامضائهم كما في الاوصياء المتعددين الغير المستقلين ثانيها ان
تكون كل واحد منهم نائبا على وجه الاستقلال كما في الاب والجد ثالثها
الاستقلال في النيابة لكن بشرط عدم المزاحمة بان تكون نيابة كل واحد منهم
مشروطة بعدم مزاحمة الاخر وتعيين احد هذه الاحتمالات بالادلة فادلة النيابة
في غاية الصعوبة لكونها في هذه الجهة وعدم سوقها لبيان كيفية الولاية بعد
التعدد نعم الاحتمال الاول باطل بالاجماع والضرورة فيتردد الامر بين الاخيرين
وحيث ان الاطلاق [illegible] بالنظر الى شيء منهما فالمحكم هو الاصل القاضي بعدم

بعدم جواز المزاحمة لان الاصل عدم الولاية الا فيما علم وهو هنا قبل
ان رضا الحاكم الاول بالفعل [illegible] في ولاية الثاني بعد [illegible] احتمال الثالث فقط
ولاية الثاني بعدم سبق نظر حاكم اخر فيرجع الى الاصل بعد قصور
الاطلاقات عن دفع احتمال الاشتراط و[illegible] ولاية الثاني لكونها
ثابتة قبل وضع الاول يده عليه مدفوع بانه قبل ذلك في
المتيقن فيشك في اصالة عدم الولاية تسليم عن المعارض ويؤيد الاول
ايضا انه لو جاز المزاحمة لزم اختلال النظام للشيعة من ادلة عموم
النيابة الفقيه لا ضبط امر الناس في امر معاشهم ومعادهم [illegible]
مطاع لا نزاع [illegible] الى امر الحاكم الذي ينصبه
فيما على الاصول ولكن منها تكون وليا كالحاكم فيما نصب فيه عموما او
خصوصا واعلم ان الحاكم الذي ينصرف اليه الادلة الحاكم في لسان
الفقهاء هو الفقيه دون الامام ع قال المحقق الكركي قده في جامعه
ان الحاكم اذا اطلق فلا يراد به الا الفقيه انتهى فالمراد الامين في قولهم
ان الحاكم وامينه هو امين الفقيه دون الامام اي من يجعله فيما وكيلا
ويجعله فيه وليا لكن يظهر من كاشف الغطاء قده [illegible]
تفسير الحاكم في المقام بالامام ع والامين بنائبه الخاص او العام كالمجتهد
قال صاحب الجواهر قده في شرح قول المحقق قده واما الحاكم وامينه اه
ما هذا لفظه المنصوب من قبله خصوصا او عموما بان يكون مجتهدا مطلقا انتهى
وهذا صحيح فان المراد بالحاكم في المقام هو الاعلم والامين نائبه الخاص
او الامام كالمجتهد المطلق [illegible] والرياض قده
لكن التعبير عن الامام بالحاكم مما لا ينبغي لانه خلاف مصطلح الجماعة

اذ للتعارف التعبير عنه بالسلطان لا الحاكم مع ان المراد بالحاكم في هذا
العنوان هو الفقيه ولشمول ما ذكره شيخ مشايخنا العظام قده في
المقام حيث قال ومن جملة الاولياء الحاكم والمراد به هو الفقيه الجامع
للشرائط وكيف كان فولايته لا مع محصورة على ما نص الحاكم فيه
وصيرانه كل نوع ما بل للنيابة والوكالة نظرا الى نصبه وبحكمه فيه و
موارده مضبوطة في باب الوكالة حيث انهم قسموا الامور فيها الى ما
تقبل النيابة وما لا تقبلها وعينوا موارد كل منهما وبينوا محل تعرضها
ولكنهم لم يعينوا القضاء من الامور القابلة للنيابة فهل يعتبر الفقيه
ان يقضي القضاء ام لا والكلام يقع تارة في جوازه لمن قطع النظر
عن نصب الفقيه اياه لذلك بان يباشره مستقلا كالفقيه والكلام
في هذا المقام موكول الى محله وهو باب القضاء واخرى في جوازه له
بعنوان النيابة عن الفقيه بعد الفراغ عن عدم جوازه له على سبيل الاستقلال
فنقول يشترط في جوازه من هذه الجهة كونه من الامور القابلة للنيابة
وحيث انه مشكوك فالمعول هو الاصل والتمسك بادلة عموم النيابة فيجب
في المقام لا ان جواز نصب الحاكم غير الفقيه في القضاء اولا كلام
في مشروع وتكليف بالفعل الناشئ عنه نعم قد يتمسك في اثبات قابلية القضاء
للنيابة باطلاق ادلة الوكالة وفيه ما لا يخفى لعدم كون الاطلاق فيها
لاحراز القابلية للامور احرازها قبل احرز وبين فليس التمسك بالاطلاق في
فما احرازها كالتمسك بالعام في الشبهة المصداقية ولهذا جوزناه في الاصول
التمسك عند الشك في القابلية فيما اذا رجع امرها الى الشبهة الحكمية والشك في
الخصوصية بان يكون القابلية مشكوكة شرعية كما في المقام الا ان فيه وجه الاطلاق

اطلاق فوري في البين وبين في ادلة الوكالة اطلاق او عموم كل بحيث ..
يتمسك لاثبات القابلية الامر الثالث انه اذا نصب الفقيه قيما
في الامور الحسبية فهل ينعزل ذلك القيم المنصوب بموت الفقيه
ام لا حيث ان الامام لا فال بعض مشايخ الفقهاء من اهل طبقتنا فيه
وجهان مبنيان على ان نائب الفقيه نائب عنه او عن الامام ع
فعلى الاول ينعزل بموته وعلى الثاني لا وهو حسن الا انه يمكن ابتنائهما
على وجه اخرى وهو ان نصب الفقيه له هل هو من باب
الولاية بان يكون ذلك من باب احداث الولاية له عليه كالوصي فانه ولي
على الصبي او من باب الوكالة فعلى الاول يبقى ولايته بعد موت الفقيه
وعلى الثاني لا الا ان جواز ذلك اي احداث الولاية للفقيه محل
منع لعدم دونه دليلا مع انه لابد منع حيث ان جوازه للامام من حيث
كونه منه ممنوع لعدم قيام الدليل عليه بالنسبة اليه فكيف يجوز
للفقيه بعموم النيابة فينحصر الامر بين الوجهين الاولين ومع فقد
الدليل على ذلك فانه اما ان يقصد كونه نائبا عن
الامام ع ولا ينعزل بموت من نصبه وعلى الاخير يكون عن نفسه و
ينعزل بموته ولكن لا يخفى عليك ان جعله نائبا عن الامام ع مبني على جواز
ذلك للفقيه بان يجوز له جعل شخص عام نائبا عن الامام ع وذلك
مبني على ما ذكرناه سابقا من ثبوت عموم الوكالة له فيه عنهما
فاذا صار الفقيه وكيلا عن الامام مطلقا جاز له توكيل غيره عن الامام ع
ودعوى ان لا اذن له في غير جهة الفقيه بنفسه لكلا عنه لينتزع وكالته
في التوكيل ايضا مثبت له كما ثبت للامام كما كان له ان يوكل

اصداق نفسه مطلقا فيجب الحيا ان الوكيل عن الامام ع
وبعبارة اخرى الوكالة عقد من العقود ومقتضى عموم الوكالة
جواز بعض اشياء عن الامام ع فكما يجوز له ان يبيع مال الامام ع
وكالة فكذلك يجوز له ان يوكل احدا من قبله عنه الا انه يمكن ان يدعى
بعدم جواز ذلك وان قلنا بعموم الوكالة ايضا الا ان مقتضى
ما ثبت من العموم المذكور هو كون الفقيه وكيلا عن الامام ع فيما له
فيما عليه وجعل احد وكيلا عن الامام احداث سلطنة له عليه حيث ان
للوكيل نوع سلطنة على الموكل ويشكل الكلام من هذه الجهة ويندفع
بان مقتضى ما ذكر بطلان وكالة الفقيه ايضا عن الامام ع لان له ايضا
نوع سلطنة عليه لعدم الفرق في ذلك بين نفس الفقيه وغيره هذا
ولكن الذي يقتضيه التحقيق والنظر الدقيق هو ان ههنا وجوها ثلثه
مثار احتمالات ثلثة احدها ان يكون نصب القيم من باب اعطاء
الولاية وهو موضوع عرفي مباين للوكالة نظير الوصاية لها بالجملة
احداث ولاية للوصي بعد موت الموصي ولازمه عدم انعزاله بموته وثانيها
ان يكون وكيلا له من قبل الامام ع ولازمه انه كما نفسه على الاحوال
وثالثها ان يكون وكيلا من قبل نفسه ولازمه الانعزال بعد الموت
بانسدادها حاجة لا تتعين شيء منها وما اوردناه على الاول من عدم
ثبوت جوازه للامام ع معلوم لا ريب فيه وذلك لقوله تعم وما كان
اذا قضى الله ورسوله امرا ان يكون لهم الخيرة حيث دل باطلاقه
جواز كل امر قضى به الله ورسوله وجعل الولاية ايضا امر من الامور
فيشمله الاطلاق المذكور ودعوى ان الاطلاق لا يدل على جواز كل
امر بل انما يدل على انه لو قضى امر يجب اتباعه من غير نظر له الى بيان

الحيثيات للامور الجائزة له واحراز جوازه عنه من قبيل التمسك بالعام
في الشبهة المصداقية فكأنه قال اذا قضى امرا جائزا له يجب اتباعه مدفوع اولا
بان موضوع الحكم مطلق اي كل امر فلابد من تقييد بجعل الجواز له فهو منفي بدليل
عن جواز كل امر له والا لزم تخصيص وثانيا بما مر ان جواز التمسك بالعام
في الموضوعات الشرعية الراجعة الى الشارع كما في المقام اذ لا سبيل الى احراز ما يجوز
له وامتيازه عما لا يجوز له الا بيان الشارع فحيث ان الشبهة حكمية لا ضير في التمسك
بالعام واذا عرفت جواز الاحتمالات الثلثة فنتكلم تارة في الحكم الواقعي و
اخرى في الحكم الظاهري اما الاول فهو يدور مدار قصد الامام فصدق شيئا
بخصوصه فهو والا فمع عدم قصد شيء من الوكالة والولاية يحمل على الولاية لعدم افتقارها
الى قيد زائد لانها عبارة عن اعطاء السلطنة فالمراد تعمل اعطاء السلطنة له
من غير حاجة الى امر اخر نعم لو قصد الوكالة يتعلق عن وجه نظير تعلق بيع الفضولي
لا بقصد كونه له او عن المالك فانه يقع للمالك واما الثاني فان كان
الحكم موجودا يرجع اليه ويتبع قوله في قصد الولاية والوكالة عنه او عن
الامام عم والا فلابد من الرجوع الى الاصول كاصالة عدم الولاية وعدم نفوذ تصرفه
بعد الوفاة ويستفيد جواز تصرفه موجودا بانه من قبيل الشك في المقتضي
سبق اصالة العدم لحيه عن ابقاء هذا وقد يقال بان الظاهر لو كان موجودا
صوناه بالولاية فلا يبطل بالموت لوجهين احدهما الاطلاق فان اطلاق جعل
المنصب مع عدم تقييده بكونه من باب الوكالة يقتضي بالولاية لكونه كاشفا عن
عدم قصد شخص الخصوصية فتعرفت انه لازمه الولاية وثانيهما اصالة عدم
تقيد الوكالة ومعارضتها بعدم قصد الولاية مدفوع بما عرفت من عدم افتقاره
الى القصد فلا معارضة ولو سلم حمل بانهما معا ايضا فلا يضر لان يوضحهما

وحكم بعدم مضي شيء منهما وكان وجه عدم الانعزال لا وعدم المضي كما في شرحه
ويرد على الاول انه لا يدفع بالاطلاق فيما هو بصدد اللفظية المحتاج اليها الكلام
ولبيان المضي منها وحيث ذكره في الكلام فلا نظر للاطلاق في الوصف وعلى
الثاني بان الاصل المذكور مثبت لان عدم الانعزال العضو دائما ثابت باجماعهم
الا ما بولاية لا يثبت بالاصل عدم المضي بنفسه فظهر ان مقتضى الحكم او موضوع عدم الانعزال
لحوان الولاية المقتضية له ومقتضى الحكم الظاهري هو الانعزال عملا بالاصل حيث
لا طريق الى احراز الواقع والله العالم مسئلة ع في جملة الاولياء
عدول المؤمنين والمشهور ان الولاية لهم فيما للحاكم ولاية فيه حال المنع عن الحاكم
في السرائر ولا اشكال عن العلامة فيه في ... والتذكرة المحقق ره في باب الوصية
قال الجواهر ما هذا لفظه واذا ملك الانسان من غير وصية كان على الناظر في امور
المسلمين ان يقيم له ناظرا ينظر في مصلحة الورثة ويبيع لهم ولا يبرء ذلك ويكون ذلك
جائزا فان لم يكن سلطان الذي يتولى ذلك النافذ امره جاز لبعض المؤمنين ان ينظر
في ذلك من قبل نفسه ويستعمل فيه الامانة فيؤديها من غير اضرار بالورثة ويكون ما يفعله
ذلك جائزا فان لم يكن سلطان الذي يتولى ذلك او بامره جاز لبعض المؤمنين
ان ينظر في ذلك من قبل نفسه صحيحا ماضيا هكذا ذكره شيخنا في نهايته والذي يقتضيه
المذهب انه اذا لم يكن سلطان يتولى ذلك ما لا ترجع الى فقهاء شيعته المحقين
من ذوي الراي والصلاح من فقهائهم فتولوا هذه الامور ولا يجوز لمن ليس بفقيه ان
يتولى ذلك بحال فان تولى فانه لا يمضي شيء مما يفعله لانه ليس له ذلك بحال
واما ان تولاه الفقيه فما يفعله صحيح جائز ماض انتهى وزعم صاحب الجواهر
وغيره ان النزاع فيما بين المتأخرين وابن ادريس لفظي وحيث ما يقي في تعريف لفظه
النزاع وجوه ثلثة احدها ما يستفاد من الجواهر ان المتنازع انما هو ثبوت الولاية
للمؤمنين في الامور الحسبية والنافي كابن ادريس ... يمنع اولويتهم من غيرهم

... المكون ... وذكر كتاب ... في ... اكثر ... لفظه ...

من غيرهم في تلك الامور الحسبية في عرض الفقيه لا اولوية لهم عليهم لانه يمنع
ولايتهم مطلقا وقد صرح انه بنا في صريح عبارته حيث صرح رحمه الله بعدم جواز
تصرفهم فيها اصلا لا انه يجوز ولكن لا اولوية لهم على غيرهم وثانيها
ان المجوز يثبت الولاية لهم في الامور الحسبية اي الامور التي وجودها مطلوب في الشريعة
والمانع ينفي ولايتهم في غير هذه الامور التي يعلم مطلوبية وجودها للشارع
عند تعذر الحاكم وهذا الوجه على تقدير تسليمه يحتمل وجهين نفس ولاية العدول بالامور
الحسبية خاصة حيث ان ظاهر كلام المانع انه في الامور التي ليثبت جوازها في
الشريعة كبيع مال اليتيم والشراء له الا ان الكلام في المتنازع فيه وثالثها ان يكون
النافي في نفي الولاية ومراد المجوز هو اثبات الجواز لا الولاية فيهما الاختلاف يكون
النزاع بين الفريقين لفظيا وفيه انه لا يساعده قوله لا يجوز لمن ليس بفقيه ان يتولى
ذلك لانه صريح في نفي الجواز لا مجرد الولاية فان جواز تصرفهم ذلك والتحقيق في الحال
تحرير محل النزاع ومعرفة كونه لفظيا او معنويا يتوقف على تقسيم الامور
اولا الى اقسامها كي يترتب عليها احكامها فنقول ان المعروف المحبوب
للشارع على قسمين لانها اما ان يكون ضروري الوجود بان قام الدليل عقلا او نقلا
على وجوب وجوده كحفظ نفس الصغير ومالها الذي يتوقف عليه حفظها ونحو ذلك
من نفس الصغير والمجنون اذا توقف حفظها عليه ... ونحو الصغير اذا
توقف حفظه على الهلاك عليه وغيرها واما ان يكون غير ضروري الوجود
كاستنماء مال الصغير ونحوه فهنا مقامان وينبغي الخوض فيهما تقديم الكلام
في تحقيق مسئلة نظارية لا يخلو من مناسبة مع المقام وهي انه لو كان هناك اصل
لتحقيق مجهول او معلوم متعذر الوصول فهل حكمه حكم مال الامام ام لا فيه وجوه
واما الاول فالمعتمد صدقها اباحته لبعض انا الظاهر ... على المالك فيه

كالمال المعرض عنه والمأخوذ بالمعاطاة على القول بالاباحة وفساد
العوض ونحوها مما يباح التصرف فيه والانتفاع منه من غير ان يكون ملكا
للمتصرف وثانيها ان حكمه حكم المباحات الاصلية وهو تملك من حازه
وثالثها وجوب التصدق به كالمال المجهول ورابعها ابقاؤه على حاله
حتى يتلف من دون ان يجب عليه حفظه ويدل على الاول امران احدهما دليل
العقل وهو اصالة الاباحة في الاشياء بناء على ما هو المشهور المنصور حتى ج
عنه التصرف في مال الغير باحد شرطين وهما كونه اضرارا على المالك او ما
ارغاما له بان يرى منه انزجارا وان لم يكن فيه ضرر عليه وكلاهما حصر
للتصرف عقلا على ما حقق في محله وكلا الامرين مفقودان في المقام اما
الاضرار فلانه مال انقطع عنه مالكه ويئس بانقطاعه فلا يعقل كون
التصرف فيه اضرارا عليه لانه من قبيل تحصيل الحاصل واما الثاني فلان حرمة
الارغام انما هو لكون مال المسلم محترما كحرمة دمه فالكافر ليس له احترام
لا بماله الا بما قبل الاسلام في الاحترام قلت بينهما فرق واضح لان احترامه عرضي
مستفاد من قوله صلى الله عليه وآله من اذى اهل ذمتي فقد اذاني
المسلم فان احترامه ذاتي ومناط الاحترام العرضي وهو الايذاء والاضرار
مفقود في المقام لما عرفت وثانيهما ما ورد في سفينة غرقت في البحر فاخرجها
البحر انه ان علم صاحبها فهو احق بها وان لم يعلم فهي لآخذها او سبيل ونحوه
الغريب بهذا المضمون حيث ان مناطه تعذر الوصول ولا خصوصية للغرق ويمكن
استنباطه من الاجماع على الاباحة في نثار العرس وحطب الفاف ويدل على الثاني
روايات احدها ما ورد في الشاة الضالة انها لك او لاخيك او للذئب
بعنوان لم يمكن الوصول الى صاحبها فهي لمن اخذها الا ان حملها الذئب بناء على ارادة

على ارادة اللام للملكية كما هو ظاهرها وثانيها ما ورد في الكنز الذي يوجد
في دار الكفر من انه ان كان فيه اثر الاسلام فحكمه حكم اللقطة او مجهول المالك
والا فهو لواجده فيستنبط منهما ان المال ان تعذر وصوله الى مالكه فهو لواجده
ويملكه بقصد التملك لاستحالة حصول الملك الاختياري بلا سبب وقصد و
يدل على الثالث اطلاق ما دل على التصدق بمجهول المالك مما يحكم بعدم الفرق
في ذلك بين كون مالكه مسلما او كافرا محترما لاطلاقه فان قلت مناط
التصدق وعلته هو وصول البدل وهو الثواب الى المالك والكافر ليس اهلا لذلك
قلت عليته ما ذكر ممنوع بل انما هو من قبيل الحكمة اخذا بظاهر الاطلاق وتقريب
ذلك ما ذكروه في مجهول المالك موافقا للنص من انه اذا عرف صاحبه بعد
التصدق وجب اعلامه فان رضي بالتصدق والا كان المتصدق ضامنا
ويقع التصدق عن نفسه اما على وجه الاستقلال او لكون الثواب له فلو كان وصول
الثواب والبدل علة كان التصدق في الفرض المذكور باطلا لعدم وصوله اليه
ويدل على الرابع بطلان غيره من الوجوه الثلاثة لما مر فيها من بعض
المناقشات اما دليل العقل فغير جار لعدم جريان اصالة الحرمة في الاموال
مطلقا من غير اشتراط الاضرار والانزجار واما الاخبار فغير معلوم كون
البعد من مواردها الخاصة الحكم بها قياسا باطلا وبالجملة فبعد
بطلان الوجوه الثلاثة يتعين الوجه الرابع ولكن يرد عليه انه تضييع
للمال وهو حرام بلا اشكال فلا وجه لهذا الوجه على اي حال الا ان يقال
ان المناط في حرمة التضييع هو الاحترام والمفروض ان الكافر لا احترام
له ولماله فلا يحرم تضييعه قلنا احترام المال ليس من جهة اضافته
الى المالك بل هو بنفسه مع قطع النظر عن الاضافات الخاصة محترم و
محبوب عند الله تعالى كما يترتب عليه من الاثار والفوائد ويدل على احترامه

بنفسه اخبار كثيرة نحو قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة ونحوهما والمناقشة فيها
الملحوظ فيها جهة الاضافة والانتساب كما يدل عليه الاضافة مدفوعة
بان شبهة اختصاص الحكم بالامام والنقض يدل على كونه لاجل الاختصاص ثانيا
لما مع قطع النظر عن الاضافات الخاصة في الجملة معلق بما ذكرنا
تكون المعصوم هو الاصل الاول كما لا يخفى ثم ان هذا كله فيما اذا كان
المال عينا خارجية واما اذا كان دينا ثابتا في ذمته فلا ريب ان الوجوه
المذكورة باسرها هو حصول البراءة له عنه [illegible] الا الاستيفاء بالدين وحكمه
سبيل الاداء لا الاسقاط وحصول البراءة الظاهرية وكذا لا يصلح به لو كان
المديون اهله او حنفيه وكذلك الاخير على احتمال فيه فتأمل اذا عرفت
ذلك فلنرجع الى ما كنا فيه من الغرض لمقام من المذكورين في ولاية عدول
المؤمنين لما قضى الامام [illegible] فخلاف بينهم تارة مع وجود الفقيه واخرى
مع فقده اما الفرض الاول فالظاهر نظرا الى العبارة المتقدمة الحاكية [illegible]
واي احد ليس [illegible] الموضع [illegible] في ولاية العدول ثانيا هو هذا الفرض اي
فرض وجود فقيه صاحب الولاية والصلاح ولم يمكن [illegible] بالمعروف
الضروري الوجود الا انه اما عام فيشمله او خاص بغير الضروري حيث لا يتم
في الضروري بطريق اولى وعلى التقديرين فالنزاع بينهما معنوي لا لما
المثبت حيث ثبات الولاية للعدول مع وجود الفقيه والمانع عنها معه فلابد
في قطع النزاع وفصل الخصومة باقامة الدليل فنقول يدل على الجواز
جملة من الايات والروايات من الاول قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا
بالتي هي احسن الاية فان الخطاب بعمومه شامل لغير الفقيه فيدل على جواز
تصرفه في مال اليتيم اذا كان فيه مصلحة ومنها قوله عز اسمه ان
الله يحب المحسنين وقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل ومنها والمؤمنون بعضهم
اولياء بعض الى غير ذلك من الايات الدالة على جواز الاقدام في امور كلية

المسلمين اذا كان فيه صلاح لهم سواء كان المتصرف فقيها ام عاميا
ومنها ايضا الايات الامرة بالمعاونة على البر والتقوى الشاملة
بعمومها او اطلاقها لغير الفقيه ايضا كما لا يخفى ومن الاخبار قوله عليه السلام
والله في عون العبد ما كان العبد في عون اخيه وقوله عليه السلام كل معروف
صدقة وصحيحة اسماعيل بن سعد الاتية الدالة باطلاقها على جواز
تصرف العدل الغير الفقيه في اموال الايتام وموثقة زرعة عن
سماعة في رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية
وله خدم ومماليك كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك قال عليه السلام ان قام
رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس وبالجملة فهذه الايات والروايات
بعمومها تدل على جواز تصرف غير الفقيه في اموال اليتامى مطلقا سواء
امكن الوصول الى الفقيه ام لا وسواء كان المعروف ضروري الوجود
ام لا فاذا ثبت الولاية لهم في الامور الغير الضرورية ثبت الولاية لهم في الامور
الباقية التي هي الضرورية بطريق اولى فلا بد للمنكر للولاية من اتيان
[illegible] احده من اقامة الدليل المخصص للعمومات والمخرج
لغير الفقيه مع وجوده عن تحتها والذي يمكن التشبث به للخروج عن العمومات
بعد الاصل امور منها قوله عليه السلام واما الحوادث
الواقعة فارجعوا فيها الى رواة احاديثنا الخبر فانه صريح في ان
المرجع في الحوادث الفقهاء لا غيرهم وفيه ان [illegible] الحوادث المذكورة
المعروفة بالسؤال غير معلوم [illegible] الامور الكلية [illegible] عنها [illegible]
رجعية الفقيه فيها [illegible] بين [illegible]
لاثبات عموم النيابة لما تقدم [illegible] المرجع في الحوادث
على اجابتها الفقهاء [illegible] الامام ليستفاد منهم انه نوائبه

لعدم صيرورته الا صبي بمجرد الشخص الا بعد صيرورته باشاعته وغيرها
فاذا ثبت رجوعهم في تلك الحوادث المجملة لكونهم نوابه ثم ثبت عموم
النيابة في كل امر راجع الى الامام الذي يجوز له عليه السلام التصرف كان الفقيه
بعموم المطلق لا بخصوصيته المتعلقة بالجملة احاد الحوادث وانما يصح التمسك
بها على ثبوت ولاية غير الفقيه في الامور الحسبية لا في اثبات عموم نيابة الفقيه
ومنها ما حكي عن عوائد النراقي قده والفتوى بقوله تعالى ولا تقربوا
مال اليتيم الا بالتي هي احسن حيث قصر التصرف في مال اليتيم بما اذا ثبت فيه حسن ولم يثبت
حسن تصرف غير الفقيه الا فيما لا اشتراط بتصرف الفقيه وفيه ان مثل هذا
التقريب مثله عجيب جدا فانه خلط بين الحسن بمعنى كون الفعل محبوبا بحق
فاعله المرح وبينه بمعنى المصلحة في مقابل المفسدة لان اضافة مدخلية الاشخاص
الى الاشخاص في ثبوت الحسن وعدمه انما يتحقق فيه بالمعنى الاول حيث يكون فعل واحد
مثلا حسنا وممدوحا من شخص وقبيحا ومذموما من اخر كما قيل بان حسنات الابرار سيئات المقربين
لانبي الفقيه فيه وبالعكس وكما في شيخ بشيء وصبي بشيء وان معناه لك البض
وصله وقلنا بعدم مدخلية الاضافة الى الاشخاص في ثبوت الحسن وعدمه بهذا
المعنى ايضا وعلى بحث بين الحزبين الفقيه او عكس ذلك فليس هذا الفعل
مما نحن فيه خلاف الفاعدة لمعارضة بين النكول وخلاف الاستيلاء والخروج عن
الزي ولعل الحسن بمعنى المصلحة فلا وجه لاحتمال مدخلية الاضافة الى الاشخاص فيه
بوجه من الوجوه والمراد من الحسن المذكور في الاية هو ما كان مشتملا على المصلحة فالمعنى
ظاهرا انه لا يجوز التصرف في مال اليتيم الا مع وجود مصلحة فيه وان كان التصرف فيها
او عاما وسواء كان فاسقا او عادلا فالعقل نظر الى ظاهر الاية يكون
الفعل والتصرف في مال اليتيم ذا مصلحة بحيث يختلف ذلك جاز التصرف فيه
لكل احد لعموم الخطاب لا لان المصلحة في الفعل تختلف بما يعتريها مثلا الفاعل

المصلحة عند [illegible]

الفاعل كما لا يخفى ومنها قوله عم مجاري الامور بيد العلماء بالله الامناء
فربما يتوهم اختصاص اجراء الامور بايدي العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه
وان كان يحكي المناقشة فيه لانه بان مقتضى الظرف منضد فيما يحتمل ان
يكون ذلك الظرف لفظا مخصوصا كما يحتمل ان يكون كما قالوا ثابت عليه
فلا يفيد الاختصاص الا انا فان يها يحرر منا فيراد به معرفة
فهم العرف حيث يفهمون من مثل هذه العبارة الاختصاص ودلالته على
عدم جواز التصرف غير الفقيه في الامور الحسبية لانه يرجع الاعتماد والاستناد
اليه في اثبات هذا الحكم مع وجود الفقيه بعد الاختصاص وظهور الاحاديث المتقدمة
فيما ان كان يجوز تصرف غير الفقيه في الحسبيات انما يجوز به بعد فقد الفقيه
واما معه فلا بهذا انما يكشف عن عدم ولاية غير الفقيه مع وجوده
المسلمين عندهم واذن فلا يحرى عدم ثبوت الولاية لغير الفقيه مع وجود
الفقيه في الضروريات فاما الفرض الثاني فلا اشكال ولا خلاف في ظاهر
في جواز ان ما فيه غير الفقيه اياه لفرض حصر ضرورته وجوده ومطلوبية ايجاده
لكل احد وانما الاشكال والخلاف في ان العدل هل يكون دالا على حكم
والمشهور كما حكي هو الاول باعتبار اعتبار الحق التصرف فلا يجوز تصرف
غير العادل مع فرض وجوده ويستدل لذلك باخبار كثيرة منها صحيحة
محمد بن مسلم قال مات رجل من اصحابنا بغير وصية فرفع امره الى قاضي
الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله وكان رجلا خلف ورثة صغارا ومتاعا
وجواري فباع عبد الحميد المتاع فلما اراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهن
اذ لم يكن الميت صير اليه وصية وكان قيامه فيها بامر القاضي لانهن فروج
فما ترى في ذلك قال عليه السلام اذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد
فلا بأس بناء على ان المراد من المماثلة هو المماثلة في العدالة فانهم

كذا في الاصل

المماثلة

على هذا البناء يدل على ان الحجر في صحة التصرفات في مال اليتيم من القيم معه
بالعدالة حيث ان الامام علق على سؤال السائل في خصوص المورد الجاريات للاولاد
في صحة تصرفها ان القيم هو العدالة ولا مجال لاحتمال العهدية كما لا يخفى الا انه
يرد عليه ان المراد بالمماثلة كما يحتمل ان يكون المماثلة في العدالة كذلك يحتمل ان
يكون المماثلة في الفقاهة او في الوثاقة او في مراعاة حال اليتيم او في التشيع
واما ما ذكره شيخ مشايخنا الرشتي قده في دفع احتمال الفقاهة من انه مناف
لاطلاق المفهوم حيث ان مقتضى اطلاقه ثبوت البأس اذا لم يكن القيم فقيها
وان تعذر الفقيه مع انه لا بأس في بيع القيم الغير الفقيه مع مراعاة المصلحة
اذا تعذر الفقيه جزما فالاحتمالات الثلثة الاخر فان البأس ثابت في الخائن وال
الفاسق والمخالف وان تعذر غيرهم فيرد عليه اولا ان ابطال احتمال الفقاهة
بما ذكره لا يصلح دليلا على المدعى لعدم وجود احتمال الوثاقة والتشيع وثانيا ان
المحذور المذكور وهو المنافاة لاطلاق المفهوم موجود في جميع الاحتمالات اذ
من خص الكلام فيما هو فرض وندرة الوجود ولا بأس في بيع الخائن والفاسق وا
المخالف عند تعذر غيرهم في الضرورة بناء لا يمكن تعطيل ايجادها دائما
مع ان مقتضى اطلاق المفهوم ثبوت البأس في البيع وان فرض
الكلام في غير ما هو فرض ندرة الوجود فيرد الاشكال على ... اذ قضية المفهوم
جواز بيع الفقيه والعادل والشيعي مع انه لا ولاية لغير الامام ع في غير
الضرورة ... كان او غيره كما يجيء توضيحه ... اذ قضية المفهوم
وبالجملة فاشكال الاطلاق في المفهوم في الضرورة شاهد على جميع الاحتمالات ولا بد
من تقييده بدليل ... الرواية المذكورة ... نظر ...
المذكورة فيها ... الدلالة ... اشتراط العدالة ...
وان جميع الاحتمالات ... هذه الرواية ايضا عليها لانه
مقتضى القاعدة ... اذا ... الوثاقة

ان الروايات المبيحة بين ما يعتبر الوثاقة ومراعاة المصلحة كصحيحة علي بن رئاب
رجل مات وبيني وبينه قرابة وترك اولادا صغارا وترك مماليك وجواري ولم يوص
فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية ويتخذها ام ولد وما ترى في بيعهم قال ع
ان كان لهم ولي يقوم بامرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجورا فيهم قلت فما ترى
فيمن يشتري منهم الجارية ويتخذها ام ولد قال ع لا بأس بذلك اذا باع عليهم
القيم بامرهم الناظر فيما يصلحهم وليس لهم ان يرجعوا فيما فعله القيم بامرهم
الناظر فيما يصلحهم الحديث ... المتقدمة فانهما
ظاهران في كفاية مجرد الوثاقة ومراعاة الغبطة في صحة بيع القيم وبين ما يدل
على اشتراط العدالة كصحيحة اسماعيل بن سعد المتقدمة قلت سألت الرضا ع عن رجل
يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار ايجوز شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير
ان يتولى القاضي بيع ذلك فان تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة
ايطيب الشراء منه ام لا فقال ع اذا كان الاكابر من ولده معه في البيع فلا بأس
اذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك فانها كما ترى صريحة في اشتراط
العدالة ... فان قلنا بان المراد بالوثاقة المذكورة في بعض الروايات هو العدالة
كما هو الظاهر منها في عرف المتشرعة حيث ان المراد بالثقة عندهم هو العدل فيرتفع
الخلاف عما بين الاخبار ويدل الجميع على اشتراط العدالة ويبقى بها اجمال
الرواية الاولى واما اذا قلنا بان الوثاقة اعم من العدالة فمقتضى القاعدة
ايضا الاخذ بما يدل على اشتراط العدالة لان العبرة في الشروط والاحكام
التكليفية باخص العناوين لا اعمها بخلاف الاسباب حيث ان العبرة فيها باعمها
وبيان ذلك انه اذا كان ... الشرط او التكليف ... عموم ... بالعرف
... المقيد ... مع وجوده كما لو ورد مثلا
ان الستر شرط في الصلوة وورد ايضا ان الستر بالقطن شرط فيها ... الثاني
ويحمل الاول عليه ... مع كون ... الستر الذي
هو شرط في صحة الصلوة الستر بالقطن وكما لو قيل اعتق رقبة واعتق رقبة

موضوعه ولذلك يحمل المطلق على المقيد لامكان الجمع فلو كان دليل ا
التقييد او التخصيص عاما استغراقيا كما لو قيل كل بيع سبب دون قيل البيع
بالعربي سبب او قيل اكرم العلماء واكرم العلماء العدول اذ العرف يحكم بانه اذ
لا منافاة بين كون جميع افراد البيع سببا وبين سببية البيع بالعربي حتى
يخصص العام وكذا لا منافاة بين وجوب اكرام جميع افراد العلماء ووجوب
اكرام العدول منهم فلا ذلك ينظر فيه التخصيص فيعمل بعموم
العام الناشي من الوضع وذلك مما لا يخفى بعد تأمل يسير وحيث
ان دليل الشرطية في المقام من المطلقات فالعبرة بالاخص العنواني
وهو العدالة فيحمل العدالة الاعم منها عليها ويستفاد منها بعد الحمل
المذكور شرطية العدالة وعليه يحمل المماثلة المذكورة في رواية محمد
ابن اسماعيل هذا مضافا الى انه لا وجه لاحتمال اعتبار الوثاقة
اصلا لان اعتبارها اما لعمل نفس القيم وتصرفاته وما
يترتب الاثر على فعله من الغير كالشراء منه وغيره وكلاهما مما يسد ان
اما الاول فلعدم احتياج التصرف في ماله وتصرفه الى ازيد من مراعاة
المصلحة والغبطة وثبوت تلك المراعاة وعدمه غير خفي على كل متصرف من غير
حاجة الى الوثوق واما الثاني فلان اعتبارها للغير بان يكون
صحة شرائه منه موقوفا على وثوقه بالبائع في رعاية المصلحة والغبطة
بان يحصل له الظن بذلك حفظا منه على اعتبار الظن المطلق في
الموضوعات واعتباره في مطلق الموضوعات يخالف الاجماع
المحقق وبالجملة فاعتبار الوثاقة في القيم مما لا يرجع الى محصل
معقول بل الحكم المحصول هو اشتراط العدالة في القيم في عمل نفسه الارجح
وفعل الغير وتوهم ان مضمون ما يستفاد مما دل على اشتراط العدالة

العدالة في القيم كرواية اسماعيل بن سعد تعبدا اشتراطها فيما اذا
اراد الغير شراء المال منه نظرا الى ان موردها ذلك لا اعتبارها في
مطلق تصرفاته وما باشرته فلا يستفاد منها ما يعم ان الشراء وان
كان من الشراء الا ان وجوب الاتمام يدل على اشتراط صحة بيعه بعدالته
ومن الواضح انه لا خصوصية للبيع من بين سائر تصرفاته فينكشف
ذلك عن ان التصرفات مما يرتبط فيه ايضا بالعدالة ولعل منشأ التوهم
هو ما ذكره شيخنا المرتضى من كفاية مجرد الوثاقة في
مراعاة المصلحة في عمل نفس القيم لغيره المتعلق بعمل الغير وعدم اعتبار
العدالة في منصب الحاكم الشرعي لعموم ادلة فعل ذلك لمعروف واما
ما يتعلق من فعله بفعل الغير كالشراء منه مثلا فيعتبر فيه عدالة
القيم اذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة فلا يجوز الشراء من الخائف
ما زاد بمجرد دعوى المصلحة في البيع ولا يجدي في المقام اصالة الصحة
في فعل المسلم لان المعروف هو اصلاح المال ومراعاة الحال وصدق
هذا العنوان مشكوك واصل الصحة لا يثبت العنوان وانما ينفع
اذا قطع بحصول العنوان وشك في صحته وفساده كما اذا صلى شخص
على ميت وشك في صحة صلوته وعدمها لاحتمال فقد شرط من
شروطها هذا ملخص ما افاده في المقام ومما ذكرنا ظهر ضعفه ووهنه
اما اولا فلانه اذا استظهر الاطلاق اعتبار العدالة كما استفدناه
فلا يتفاوت الحال في ذلك بين عمل نفسه وما يترتب عليه من عمل الغير كما
لا يتفاوت بينهما مع عدم استفادة الشرطية منها اصلا فلا يكون

ثم عدم رعاية المصلحة في كلام الفقهاء مبني على ما ذكرنا سابقا لان ما ذكره من عدم
جريان اصل الصحة في المقام لا يرجع الى محصل الوجه المشروط وهو
البيع الصادر من القيم والشرط وهو رعاية المصلحة هنا ايضا
لان المعروف ضمنا لمقاد الآية هو الاقرب لكون المشروط بالحسن
والمشروط وهو عنوان الاقربية ثابت بالوجدان وانما الشك في ثبوت
شرطه وهو الحسن والصلاح ويجري اصل الصحة لاثبات الشرط ودعوى
المجهر فهو عنوان اصلاح المال وهو مشكوك ثبوتا واصالة
الصحة لا يثبت الموضوع ممنوعة على مدعيها واما ثانيا فلان ما ذكره
من جريان اصل الصحة في مثل الصلوة المشكوك صحتها وفسادها
مناف لما اختاره في الاصول من وضعها في العبادات للصحيح لا
للاعم ضرورة الوضوح الحالي ... بين القولين في تلك المسئلة
الاصولية جريان اصل الصحة وعدمه حيث لا مجال لجريانه على القول
الاول اذا شك في جامعيتها للشرائط او الاجزاء اذ على هذا القول
جميع الاجزاء والشرائط محقق للموضوع الصلوة ومع الشك في
تحققه لا مجال لجريان الاصل المذكور وهذا بخلاف القول بوضعها
للاعم لان الصلوة على هذا القول شيء والشرط شيء آخر فيجري الاصل
عند الشك في اجتماعها للشرائط وبالجملة لما كان مبنى كلامه قدس سره
هنا وفي الاصول ناقض هذا ويمكن الانتصار لما ذكره ره في المقام
بانه لا منافاة بين شرطية العدالة وبين كون العبرة في عمل
الغير في ترتيب الاثر على عمل الغير هو ثانيا من رعاية المصلحة لان امارة العدالة

العدالة بعد تسليم شرطيتها دائر بين كونها طريقا الى احراز المصلحة
بان يكون اعتبار الشارع لها في حق الغير او في العمل بفعله رخصة كاشفا
عن وجود المصلحة وملاحظتها وبين كونها موضوعيا بان يكون العدالة منصبا
للقيم بحيث لا يجوز نظر غير العادل وان لاحظ المصلحة نظر الاولياء في الميت
حيث لا يجوز لغيرهم الاقدام على تجهيزه الا باذنهم وظاهر كلمات الاصحاب وان
كان هو الثاني حيث عدوا العدل من الاولياء كالاب والجد والحاكم فانه
يكشف عن كون العدالة منصبا للولي الا ان الاقرب بالقواعد هو الاول
لعدم استلزام الالتزام به تخصيص في عموم المعروف اذ لا اثر له الغاء خصوصية
العدالة اعتبار المصلحة وهذا بخلاف الالتزام بالثاني اعني الموضوعية فانه
مستلزم للتخصيص واذا دار الامر في الاخبار الناطقة باشتراط العدالة
بين حملها على ما يستلزم التخصيص في العمومات وحملها على ما لا يستلزمه فالثاني
هو المتعين تحكيما لعموم العام ويظهر الثمرة بين الطريقية والموضوعية فيما
اذا احرز المصلحة في فعل القيم فعلى الاول الحكم بصحة تصرفه وعلى الثاني الحكم
بها مجرد ذلك هذه دعوى ما يمكن ان يقال في الانتصار من ذهب الى ما نحن
فيه ويجيء الكلام في المنوب المترتبة المذكورة وبالجملة فتحصل مما ذكرناه
ان هنا مقامات ثلثة الاول في اشتراط العدالة في تصرفات القيم
بعنوان ولاية العدل من غيره والثاني فانه على تقدير الاشتراط هل هو
من باب الطريقية او الموضوعية والثالث فانه على تقدير الطريقية
هل يجري اصل الصحة فيلزم ام لا اما المقام الاول فقد تقدم الكلام
فيه حيث استفدنا من الاخبار شرطية العدالة وقلنا ان الوثاقة في المتكونة

المذكورة في بعضها اي صحة مجولة عليها اما لظهورها منها اولان العرف
يا حض العنوانين واما المقام الثاني فالذي يقتضيه القواعد
هو اعتبار صفة العدالة وعدم جواز تصرف الفاسق وان ادعى المصلحة
فيه بيان ذلك ان الاصل الاولى يقتضي عدم ولاية المطلق في مال اليتيم
ونحوه وقد انقطع هذا الاصل بعمومات المعروف مثل قوله ع كل معروف
صدقة وقوله ع ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه المؤمن
ونحوهما ثم خصص تلك العمومات بالاخبار الدالة على اشتراط العدالة
الا ان المخصص المذكور مجمل مردد بين كون اعتبارها من باب الطريقية او
الموضوعية ومن المقرر في محله ان المخصص اذا كان مجملا فاجماله يوجب سقوط
العموم عن درجة الاعتبار ومنها فالمرجع ح هو الاصل الاولي القاضي
بعدم ولاية الفاسق وان لاحظنا له شيئا تقديم لزوم التخصيص على التقدير
اما على الموضوعية فواضح واما على الطريقية فلان مرجع المصلحة على
هذا التقدير حكمة لاشتراط العدالة لا علة لعدم نقل العلة لها و
حيث كانت حكمة فما تعرف في صحة التصرفات بها وتدور الحكم معها نفيا
واثباتا وهذا على التخصيص في العمومات واذا كان امر المخصص بين الوجهين
ولم يكن ترجيح لاحدهما في البين سقط العمومات بالمرة ومن هنا ظهر
الحال في الوجه الذي ذكره الاستاد دام ظله فاستشهاده ما اختاره استادنا
كالظرفنا [illegible] المذكورة للطريقية والموضوعية ايضا لما عرفت من عدم
الجدوى فتجرد احراز المصلحة على الطريقية ايضا بعد كونها حكمة لا يغني
العدالة وان العرف ح ايضا بصفة العدالة واما المقام الثالث
فالظاهر كلام شيخنا المرتضى ره عدم جريان اصل الصحة في المقام

في المقام لاحراز المصلحة ولكنه بعد التأمل في كلامه ظاهر لا وجه له اذ
الوجه المتصور لعدم جريانه اما الشك في حصول اصل العنوان كما يظهر من
كلامه ره بعد عرض بطلانه بان العنوان المستفاد من القران هو قرب مال
اليتيم لا اصلاح المال لان الظاهر انه لا ريب في صدق القرب بحال انما الشك
في تحقق شرطه وهو الحسن والصلاح او عدم جريان الاصل المذكور في الشروط
كما نسب الى المحقق الثاني انكار جريانه في شرائط العقد وانكاره وا
اختصاص جريانه بما اذا احرز الشك في طرو المفسد للعقد المجهول
حال المتبايعين في عدم كون تصرفهما باطلا ولاصالة عدم المفسد
يظهر ذلك من بعض كلمات العلامة ره في عدة حيث قال لا يصح ضمان الصبي
ولو اذن له الولي فان اختلفا فقال الضامن كان بالغا وانكر
عدم البلوغ فالقول قول الضامن لان الاصل [illegible] ولا ظاهر يرجع اليه بخلاف
مالو ادعى شرطا فاسدا لان الظاهر انهما لا يتصرفان باطلا وكذا
الحكم في غير ذلك [illegible] انتهى وفيه اولا ان المعلوم من منهج
مشايخنا ره جريان اصل الصحة في الاجزاء والشرائط في العقود والمعاملات
وليس معهودة ممن ينكر جريانه في الشروط كما صرح قده به في ذيل هذه
المسئلة فيما لو وقع الثمن بيد الفاسق وثانيا ان انكار جريانه
في الشروط لا ينبغي صدوره ممن هو قائل دعمر العلم فكيف بمثل
المحقق الثاني ره الذي ليس له ثاني بين المحققين اذ انسداد باب اصل
الصحة واختصاصه بطرو المفسد موجب لاختلال النظام وعدم
قيام سوق للمسلمين اذ [illegible] يعيش على اجرائه فضلا عن غيره

من يلتزم بعدم جواز شراء شيء من الوكيل عند الشك في صدوره منه مصلحة
حيث ان مراعاة المصلحة شرط في صحة عمل الوكيل فلا يجري اصل الصحة
في الشروط لا مناص من الالتزام بعدم جواز الشراء منه مع ان جوازه
كاد ان يلحق بالضروريات وليس ذلك الا لاصالة الصحة والذي اظن وان كان
الظن لا يغني من الحق شيئا ان مراد العلامة والمحقق الكركي تبعا لعدم جريانها
في الشروط الذي حصل الشارع ولم يشاهد حصوله وعدمه كالبلوغ والرشد
التي يتمسك فيهما لذلك بالمرافعات والخصومات حيث يمكن ان يكون انه ليس
لمدعي الصحة الاستناد الى اصالة الصحة حتى ينقلب المدعي منكرا لموافقة قوله
للاصل لا ان مورد الاصل المذكور وهو ظهور حال المسلم في ايجاد العمل
ولا ظهور له في مقام التزاحم والتنازع وكأنه يشير الى ذلك قول العلامة
ولا ظاهر له يرجع اليه والحاصل انه لا يمكن ان جريانه في الشروط المشكوك
من غير خصومة كما لو شك الحلف في ان الذي اشتراه هل هو في حال
صغره ام لا لان ظهور حال المسلم في التصرف الصحيح مما لا خفاء فيه ومجرى اصالة
الصحة الفاصلة لصدور البيع في حال البلوغ وتمام الكلام يطلب من غير هذا المقام
وبالجملة فلا ارى وجها لعدم جريان الاصل المذكور وبناء على كون العدالة
شرطا من باب الطريقية وكون العبرة بالمصلحة كما يستفاد من كلام بعض هذا
يشكل ان في اشتراط العدالة في القيم والاجير على الحج والعبادة ونحوها
لما لا يتمسك الشيعة عليه وهو ان اعتبارها فيهم اما لحجية اخبارهم او لاجل اعتماد
على فعلهم في سقوط التكليف عن الباقين وفي كليهما اشكال اما في الاول فلان
حجية اخبار كل منهم مبني على اعتبار قول الواحد في الموضوعات مطلقا الا ما

الا ما خرج وهو خلاف المشهور لما انفرد في محله من عدم استفادة حجية
قول العدل مطلقا في الموضوعات وفي الاحكام من ادلة النبأ بل المشهور
المنصور عدم حجية قول العدل في الموضوعات الا ما خرج فاشتراط العدالة
لا يجدي في اعتبار اخباره وان اعتبر في حجية قوله على اصالة الصحة
لجريانها في الاقوال كالافعال اذا شك في صدقها وكذبها فعليه لا
يتفاوت الحال في جريانها في الاقوال بين قول العادل والفاسق بل في ذي
في قول كل مسلم شك في صدقه وكذبه واما الثاني فلانها تجري في الوجود
فعل العادل واما لو شك في صحة الفعل عنه فيجري العدالة لا يكفي في
حصول البراءة عن العبادة والولي على الوجه مع فرض الشك في حصول الفعل و
صدوره عن النائب والاجير مع ان الفقهاء رضوان الله عليهم اتفقوا
ظاهرا على حصول البراءة عن التكليف المتوجه الى الولي بتفويض امره الى
العادل ولو مع الشك في صدوره منه واصالة الصحة ايضا لا تجري مع الشك
في صدور اصل الفعل من العادل كما لا يخفى وبالجملة فاشتراط العدالة غير مجد
على التقديرين فكيف المناص وطريق الخلاص عن هذا الاشكال وتحقيق الحال في
هذا المجال على وجه يقع به غواشي الظلام عن وجه المرام ان يقال ان المستفاد
من ظواهر الاخبار المذكورة انما هو اعتبار العدالة في القيم هو ان
الامور القابلة للتفويض والنيابة اذا فوضت الى العادل يسقط التكليف
بها عن الباقين ويجوز التفويض اليه والاعتماد عليه ويحسب ويوجر بوقوعه كما ضمنه
ولكن لو شك في فعله صحة وفسادا ووقوعا فلذلك الاخبار ادلة خاصة
دالة على اعتبار قول العدل في الموضوعات القابلة للتفويض كالنيابة فيها قول المرء

وذهابهم الى عدم حجية قول العدل في الموضوعات القابلة للشهوة
لان كلامهم في الموضوعات الابتدائية التي لا يرجع امرها الى الغير بحيث
يفوض اليه كالاخبار بالعدالة والطهارة والنجاسة ونحوها واما
ما يرجع الى عامة المكلفين كالمعروف الضروري او الى صنف خاص كالولي
والوصي ويفوض امره الى العادل فيكفي مطلقاً في ذلك الاخبار الاعتماد على
قوله وفعله وحصول المراد الشرعي التكليفي بمجرد التصرف الظاهري العادل واذا ثبت
شرطية العدالة في مطلق تلك الاخبار المذكوره فقد ذكرنا ان شرطيتها
اما ان يكون على وجه الطريقية الى مراعاة المصلحة او على وجه الموضوعية
وعلى الاول فاما ان يكون المصلحة ملحوظة بحيث يدور الحكم مدارها او
يكون حكمة بحيث يكون العبرة بالعدالة وان لم تعلم المصلحة فلا بد حينئذ
تعيين تلك الاحتمالات بحسب القواعد فنقول ان مقتضاها هو الطريقية
على الوجه الاول اذ على الاحتمالين الآخرين يلزم التخصيص في عمومات
المعروف باختصاصها بما اقام العدل به بخلاف الاحتمال الاول
اذ لا يلزم عليه ذلك فالاول هو المتيقن حكماً للعموم العام فلازم ذلك
صحة مباشرة الفاسق لهذه الامور مع رعاية المصلحة لعدم اشتراط
العدالة في عمله كما عرفت الا ان المستفاد من مفهوم تلك الاخبار عدم
جواز تفويض الامر الى الفاسق وترتيب الآثار على فعله كالشراء منه
ونحوه ما لم يعلم مراعاته للمصلحة بل لا بد من احراز عدالته كي يصح للغير
ترتيب الآثار على فعله وهذا المفهوم مخصص لعمومات اصل الصحة ان كان
له عموم لفظي اذ قضية المفهوم اعتبار العدالة في جريان اصل الصحة

اصل الصحة وهو ما لو شك في صحة فعل الفاسق وفساده للشك
في مراعاته للمصلحة وعدمها فكان ان لم تحصل العدالة التي طريقها الى
الصحة في موضع يجري فيه اصلها بحيث يتوقف ويتقدم الصحة باشتباهها
فلا جرم يخصص عمومات اصالة الصحة ويختص الثمرة بين الطريقية على
الوجه الثاني والموضوعية بما اذا علم مراعاة الفاسق للمصلحة اذ يحكم بصحة
العمل على الاول دون الثاني واما اذا شك في مراعاة المصلحة وعدمها
فلا ثمرة بينهما بل العمل باطل على كلا الوجهين ولا يصح الاستناد فيه
على اصل الصحة وبعض ما ذكرناه يظهر التفصيل الذي ذكره شيخ
مشايخنا في من الاكتفاء بمراعاة المصلحة في مباشرة الغير في الامور
الراجعة اليه ومن اشتراط العدالة فيما لو اشترى منه شيء وعدم جريان
اصل الصحة فيما اذا شك في ان بيع الفاسق هل هو مقرون بالصلاح ام لا
لما عرفت من انه لا يستفاد من الادلة في الاول الذي هو اعتبار المصلحة المفروض
حصولها لانه لازم الطريقية بخلاف الثاني لان اعتبار العدالة في تلك
الامور انما يستفاد من مفهوم تلك الاخبار حيث انه صرح في شرح اللمعة في بيع
الفاسق مع الشك في اقترانه بالصلاح وفساده للمفهوم عليه فلا مجال
لاجراء اصل الصحة لا حيثية منه فتلخص مما ذكرنا ان هذا التفصيل متين
تنبيه انه لا يخفى انه يجوز مزاحمة العدل لعدل آخر فيما على اموال الايتام ما لم
يصدر منه العمل اللزومي على خلاف ما نوينا في الحاكم لان الولي انما هو نوع العادل
لا الاشخاص وهذا تمام القول في ضروري الوجود واما الغير الضروري
الوجود فان علم ثبوت دليله مطلوبيته من كل احد ولا يشترط اقامته بوجود
الامام حي او نائبه ثبت فيجوز للعدول توليته لعموم دليل القاضي بذلك وان لم

القاضي بذلك فان لم يثبت العموم المذكور فاصل اشتراطه بوجود
الامام عم او نائبه يجوز للعدول تولية الفقيه كما في الزكوات و(في)
الاخماس والمشعر ونفرقتهما بين اهلها على وجه يظهر من قواعد الشهيد منه
فلا دليل على جواز تولية غير الفقيه لها فاصالة عدم الولاية محكمة
بمجرد كونه من المعروف كما مثل به بعنوان المعروف المامور به سيما في اشتراطه
بوجود الامام عم او نائبه كما في اقامة الحدود وفصل الخصومات والنجارة
بمال الصغير مع وجود الاب او الجد لان كونها من المعروف كما بينا في وكولها
الى شخص خاص مسئلة هل يشترط في تصرف الاب والجد سابقا
في اموال المولى عليه الصغير او مجنون او غيبة مراعاة الغبطة والمصلحة ام لا
بل يكفي في صحته مجرد عدم المفسدة وبينهما ثمرات كثيرة كما لا يخفى على المتامل ولا
يخفى عليك ان التكلم في اشتراط المصلحة وعدمه هنا متفرع على تقدير عدم
اشتراط المصلحة في تصرف المولى الاجباري اذ على القول بشرطيتها فيه لا ينبغي
مجال التكلم في غيره بل الاشتراط في غيره يثبت بالاولوية القطعية كما عرفت ان
الكلام في شرطية المصلحة في الولي الاجباري متفرع على فرض اشتراطها في غيره
اذ على القول بكفاية عدم المفسدة في سائر الاولياء لا مجال لاحتمال شرطية
المصلحة فيه بل يكفي عدم المفسدة فيه بالاولوية القطعية على ذلك المقام والظاهر ان
محل الكلام هو مطلق التصرفات غير اختصاص النزاع بالاب والجد
الاب انما هو في الصغير والمجنون وغيرهما في الكلية والجهة فانفراد ذلك منقول
ان وليس له دعوها والاولى الاشا التفصيل بالتصرف في الولي تصرفها
لو تصرف لغيره بكفاية عدم المفسدة في الاول واشتراط المصلحة في الثاني
ولو استدنا من الادلة اعتبار المصلحة في الاب خاصة دون سائر الجهات

التصرفات لكان وجها وانما دائما كيف كان فتنقيح الحال في ذلك الاقوال
يبتني على التكلم في المسألة تارة بمقتضى الاصل واخرى بالنظر الى الدليل فهنا
مقامان الاول في مقتضى الاصل فقد يقال او قيل بان الاصل الاولي
يقتضي اعتبار المصلحة لما اشتهر ان الاصل في الاب هو الفساد
وفي سائر التصرفات هو الحرمة فقضية ذلك اعتبار المصلحة الواقعية
في صحة الاب في جواز التصرفات ولكن يرد عليه ان اقتضاء الاصل
للفساد في الاب مسلم واما اقتضاؤه للحرمة في غيرها فاما بل المنع
نظرا الى ان الاصل العملي في الاشياء الخالية عن امارة المفسدة الاباحة
ولم نعثر على ما يوجب خروج الاموال عن تحت هذا الاصل القاضي باباحة
الاشياء عدا امور من النقل والعقل فيتخيل اقتضاؤها الحرمة للتصرف
في الاموال من غير مصلحة فمن الاول الاية والرواية والاية قوله تعالى ولا
تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن والتقريب واضح والرواية قوله لا يحل مال
امرء الا بطيب نفسه حيث دلت باطلاقها على حرمة التصرف في مال الغير الا اذا طابت
نفسه فاذا لم يحرز الطيب لا يحل مال الغير ومن المعلوم انه لا يحرز طيب المولى عليه الا
بعد مراعاة اولى المصلحة في التصرف وقد يرد عليه ان الصغير والمجنون خارجان
عن مورد الرواية اذ ليس لهما نفس تطيب حتى يتوقف على اشتراط التصرف في مالهما
بطيب نفسهما فالرواية مختصة بما اذا كان لصاحب المال نفس تطيب تارة وتكره
اخرى فجواز التصرف في ماله مشروط بطيب نفسه واما اذا كان صاحب
المال كالانعام والبهائم التي ليس لها نفس موصوفة بالطيب والكراهة فلا تشمله
الاية حتى ليستفاد منها اشتراط الطيب في الصغير والمجنون من هذا القبيل
وان شئت مباحثة ما ذكرنا فافرض الصغير رضيعا فاذا مال او حيثما كان

لا يجري على القول بصيرورته مالكا فهل يجوز له ان يلتزم باستيذان المتصرف
من حاله بطيب نفسه بحكم هذه الرواية كلا وبالجملة فعدم شمول الرواية
لمال الصغير والمجنون الذين ليس لهما نفس في كمال البداهة والوضوح ومثلها
في الدلالة قوله صلى الله عليه وآله حرمة اموالكم كحرمة دمائكم حيث يدل
على عدم جواز الاقتحام في اموال الناس وانها محترمة كحرمة دمائهم وفيه
بعد تسليم انه تعبير لا تأكيد لحكم العقل الآتي ان تشبيه الاموال بالدماء
على عكس المطلوب ادل فهو كناية عن عدم الهدر في طبيعة المتصرف فان
مقتضاء تشبيه المذكور بانه كما لا يجوز اتلاف الدماء واهدارها فكذا
لا يجوز اتلاف الاموال وافسادها اذ ارضيا المتصرف فيها ومؤاخذة عن
المهدرة والتحريم تشبيه المذكورة من جهة كما لا يجوز واما الثاني
فلان العقل يحكم بقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه ورضاه فلم يحرز اذن
المالك ورضاه يحكم العقل بقبح التصرف الا باحد شرطين احدهما ان يكون
التصرف ظلما على المالك واضرارا عليه عاجلا او اجلا وثانيهما ان يكون
ارغاما للمالك بان يمنع عن التصرف في ماله احادا وتشهيا واما التصرف الخالي
عنهما والفاقد لهما فلا يمنع بحكم العقل بقبحه اصلا كما فيما نحن فيه اعني التصرف
الخالي عن المفسدة في مال الصغير فان الشرطين كليهما مفقودان فيه اما الاول
فحكم الفرض اذ لا يترتب على تصرفه ضرر على الصغير لا عاجلا ولا اجلا والفرض
خلوه عن المفسدة واما الثاني فلان المالك ليس من اهل المنع والامتناع
لعدم قابليته فلا يتصور فيه احتمال المنع حتى يحكم العقل بالقبح فاذا فقد
كلاهما فلا مقتضي لحكم العقل وعليه فلا مخرج من النقل والعقل له عن
الاصل الاولي القاضي باباحة الاشياء الخالية عن المفسدة هذا وما ذكرنا

ومما ذكرناه يتضح التفصيل بين مال الغائب والصغير وان مقتضى الاصل
في الاخير هو الاباحة مع عدم المفسدة وفي الاول الحرمة لوجود المخرج فيه
من العقل والنقل اما العقل فلاحتمال منع المالك منه اقتراحا لانه اهل
لذلك وقد عرفت استقلال العقل بقبح التصرف مع قيام هذا الاحتمال
واما النقل فلقوله ع لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه فان الحلية مشروطة
بالطيب والمالك الغائب قد تطيب نفسه تارة وتكره اخرى فلم يحرز الشرط
المذكور منه فلم يحل التصرف في ماله ومن الواضح عدم احراز ذلك الا مع التصدي والضبط (راجعاه ع)
والضبط ومن هنا يتوجه علينا الاشكال محصله ان التفصيل بين اموال
الصغير والغائب باعتبار المصلحة في الاخير دون الاول مخالف للاجماع المركب
اذ لم يرى الاصحاب يفصل بينهما بل كل قائل باعتبار المصلحة قائل به فيهما
وكل من اكتفى بعدم المفسدة اكتفى به فيهما وح فان جوزنا خرق الاجماع المركب
الاصول صح الاخذ بالاصل في كل مورد بالاصل الجاري فيه فيعمل مثلا
باصالة الاباحة في التصرف في مال الصغير وباصالة الحظر في مال الغائب
ولا اشكال وان لم نجوزه كما هو الحق فيقع التعارض بين اصالة الاباحة في مال الصغير
والغائب بضميمة الاجماع المركب فيتساقطان ويصير المرجع الاحتياط كما
هو الشان في تعارض الاصلين ولا ترجيح في التصرف في الاموال مطلقا
الا مع المصلحة ولكن يمكن دفعه بان الاصلين اذا تعارضا بملاحظة الاجماع
المركب كاصالة الاباحة في شيء واستصحاب الحرمة في شيء اخر فان الاجماع
على البراءة فيهما او الحرمة فيتساقطان والمرجع هو الاحتياط اذ بعد تساقطهما
لا يبقى الشك في العمل لا نعم الاحتياط واما اذا تعارض دليلان
بضميمة الاجماع وتساقطا فالمرجع هو اصالة البراءة والتعارض في المقام

في المقام من قبيل تعارض الدليلين لا الاصلين لان اصالتي الاباحة
والحظر من الاصول العقلية وهي من قبيل الادلة لا الاصول فتعارضهما
من قبيل تعارض الدليلين لا الاصلين لانا اصالتي الاباحة والحظر حتى
والمرجع بعد تساقطهما اصالة الاباحة القاضية بجواز التصرف في ا
الاموال الذي لم تكن فيه المصلحة والغبطة لكن الذي يؤيد المشهور هو ان الاصل الاباحة
الحكم في التصرفات بعد تعارض الاصلين الاباحة والحظر وتساقطهما
معارض مع اصالة الفساد في الاسباب القاضية بمراعاة المصلحة فيها بملاحظة
الاجماع المركب اذ كل من قال باعتبار المصلحة لم يفصل فيه بين الاسباب وغيرها
كما ان كل من اكتفى بعدم المفسدة ايضا لم يفرق بينهما فيتعارضان وبعد تساقطهما
والمرجع بعد ذلك هو الاحتياط لما عرفت من انه المرجع في تعارض الاصلين
ولا يلزم الحكم بالفساد في الاسباب مع عدم مراعاة المصلحة فيها والحصر في
المخالفة عنها وهذا ايضا يقوي قول المشهور وبالجملة فالاقوى في تأسيس الاصل
في المقام هو ما ذهب اليه المشهور من اصالة الفساد في الاسباب والحرمة في التصرفات
لكن لا لما توهم من الادلة عقلا ونقلا بل لانها مقتضى الاحتياط الذي هو
المرجع بعد تعارض الاصلين البراءة والفساد واما الثاني فقد يستدل
لاعتبار المصلحة والغبطة بعد الاجماع المحكي في مقامات كما عنه والاتفاق
المحكي المذكور في العلامة وغيره المؤيدين بالشهرة المحققة بالكتاب والسنة
من الاول قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن بناء على كون الحسن بمعنى
المصلحة كما هو الظاهر منها لا بمعنى عدم المفسدة كما توهم واضرابه مدفوع بكونه
خلاف الظاهر فيتم دلالتها على اعتبار المصلحة بعد ظهور الحسن ونحوه
سواء كانت كلمة احسن وصفية او تفضيلية الا اذا علم القرب بالنسبة الى

بالنسبة الى الفعل والترك معا ونظر في الاحتمالات الاربعة في الرواية كما
سيجيء لا يفتح في دلالتها على المدعى لوجوب الاحتياط لتعذر المتيقن من
تلك الاحتمالات ضبطا ومنها اشتراط المصلحة وانما تظهر فائدة الاحتمالات
الاثير في الفروع الآتية في المقام ومنها الشاهد صحيحة علي بن رئاب رجل
مات وبينه وبينه قرابة وترك اولادا صغارا وترك مماليك وجواري فما
ترى فيمن يشتري منهم الجارية ويتخذها ام ولد وما ترى في بيعهم
قال عليه السلام ان كان لهم ولي يقوم بامرهم باع عليهم ونظر لهم وكان ماجورا
قلت فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية ويتخذها ام ولد قال عليه السلام لا بأس بذلك
اذا باع عليهم القيم بامرهم الناظر فيما يصلحهم وليس لهم ان يرجعوا فيما
فعله القيم بامرهم الخبر وموضع الاستدلال فقرتان منها احديهما قوله عليه السلام
ونظر لهم لانه ظاهر في تتبع المصلحة وحيث انه علق نفوذ تصرف الولي
وكونه ماجورا على النظر لهم يستفاد منه اشتراط مراعاة المصلحة في
صحة تصرفاته واحتمال كون المراد من النظر لهم مراعاة عدم المفسدة في تصرفه
مدفوع بانه لو صح كلمة اللام يستفع فلا يصح النظر لهم على ملاحظة
مجرد عدم المفسدة كما لا يخفى والاخرى قوله عليه السلام اذا باع عليهم القيم بامرهم
الناظر فيما يصلحهم بناء على كون الظرف متعلقا بباع لكونه قيدا للشروط
ومفهومها اذا باع فيما لا يصلحهم ففيه تأمل يستفاد من مفهوم الشرط اشتراط
الصحة بالمصلحة بل يمكن تتميم الاستدلال وان كان الظرف متعلق بقوله عليه السلام
الناظر اذ يستفاد منه الاشتراط لو جعل احدها دلالة الوصف في خصوص
المقام بالمفهوم ولا ينافيه ما اشتهر من عدم دلالته على المفهوم لان ذلك انما
هو بحسب الوضع ولا منافاة بين عدم دلالته عليه وضعا ودلالته بمعونة

الفرايق المتنافية وتقريب الدلالة ان الوصف المذكور مفهوم للقيم ومنزلة
الحد له وكانه قال القيم هو الذي ينظر في مصلحة اليتيم وعليه فيكون احترازا
عن القيم الذي لا ينظر في مصلحته فالموصوف المذكور بلا حفظ ونوعه في مقام
التفسير والتحديد مفهوم وثانيهما ان تعليق الحكم على وصف الناظر في المصلحة
يشعر بعلية الوصف للحكم كما في قولنا اكرم عالما وهذا الاشعار في بعض
المقامات لا يقصر عن الدلالة التي يعتمد ويستفاد منه انتفاء الحكم عند انتفاء
الوصف ولو انكرنا مفهوم الوصف مطلقا على التقديرين يستفاد منه اشتراط
المصلحة في صحة تصرفات القيم واما ما اورده في العوائد على احتمال
كون الظرف متعلقا بالناظر من قيام احتمال تعلقه بباع ومعه يصير مجملا
فيسقط العمومات الدالة على جواز تصرف مطلقا وحده فيه الاشكال اما
المرجع اصالة عدم الجواز القاصر بما فيه المصلحة فقط اولا ان اجمال المخصص
المردد بين الاقل والاكثر كما في المقام لا يوجب سقوط العام فيما اذا كان عرضه
مردد بين الاقل والاكثر [illegible] بالعام في الزائد وثانيا ان اجمال المخصص
انما يوجب سقوط العام فيما اذا كان عمومه وضعيا واما اذا كان العموم اطلاقيا
فلا ومن المعلوم ان العمومات الدالة على صحة تصرفات القيم مطلق ليس وضعيا
فيسقط ويرجع الى الاصل بل كلها مطلقات ويستفاد العموم منها بقاعدة الحكمة
[illegible] العقل [illegible] المخصص بالمجمل [illegible] تصرف القيم مع مراعاة
المصلحة فلا حاجة الى الاصل كما لا يخفى ومنها رواية الكاهلي قال
لابي عبد الله ع انا ندخل على اخ لنا في بيت ايتام ومعه خادم لهم فنقعد
على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم وربما طعمنا فيه الطعام من
عند صاحبنا وفيه من طعامهم فما ترى في ذلك فقال ع ان كان في دخولكم

في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا باس وان كان فيه ضرر فلا ووجه
الاستشهاد قوله ع ان كان في دخولكم الى قوله ع فلا باس لدلالته بالمفهوم
على ثبوت الباس اذا لم يكن في الدخول منفعة لهم واورد عليه بوجهين بل
وجوه الاول ان هذا المفهوم مناف لمفهوم قوله ع بعده وان كان فيه
ضرر فلا اذ لو كان لكل منهما مفهوم يلزم التناقض فيما ليس فيه منفعة ولا
مضرة لما تقرر في الاصول من ان المتكلم لو صرح بتمام نقيض الجملة الشرطية
في كلامه كما لو قال ان جاءك زيد فاكرمه وان لم يجئك فلا تكرمه فذلك
قرينة على عدم ارادة المفهوم من الجملة الشرطية وكذا لو صرح ببعض نقيضه
كما لو قال ان غسلته بالجاري فمرة وان غسلته بالمركن فمرتين اذ لو كان لكل من
الكلامين مفهوم يلزم التناقض في مثل ماء المطر مثلا حيث ان مقتضى مفهوم
الاول لزوم الغسل فيه مرتين ومقتضى مفهوم الثاني مرة ومثل ذلك ما نحن فيه
لتعارضهما في التصرف الخالي عن النفع والضرر لاقتضاء مفهوم الاول ثبوت
الباس فيه لانتفاء عدمه بالنفع واقتضاء مفهوم الثاني نفي الباس لانتفاء
الباس بالضرر فلا بد من رفع اليد عن مفهومهما او ارادة المفهوم للثاني في الحرام
بينهما ولعله الى هذا الوجه يرجع ما زعمه بعض معاصري شيخنا [illegible]
قدس سره من التعارض بين صدر الخبر وذيله فموضوعه تكون التصرف بلا نفع
ولا ضرر ويجاب عنه بوجهين احدها ان محذور التناقض كما يرتفع بالغاء
المفهوم عن الجملتين معا كذلك يرتفع بالغائه عن احدهما ايضا فما ذكره
القاصر باقتضاء الجملة الشرطية للمفهوم محكم لا يرفع اليد عنها الا المانع
والمانع عن لزوم التناقض انما يمنع عن اجتماعهما في كلتا الجملتين واما اخذ بمفهوم
احدهما فلا مانع منه لعدم لزوم التناقض عند الغاء مفهوم احدهما
وابقاء الاخرى على حقيقتها كما لا يخفى [illegible] فيعود الامر بين الغاء مفهوم

الاولى والجنا والثانية حتى يتقدم اساس الاسئلة الا انها اللمرجع عن ا
العكس فظهر من الواضح ان الثاني هو الاولى بل المتعين لا ان الجملة الاولى تجب
صدورها لم يكن مانع عن الاخذ بمفهومها بل محل التنافي وسببه هو مفهوم
الثانية فلا بد من التنافي وبلا في سببه لم يقع التنافي وكان اولى في العكس
لعدم المانع عن الاخذ بمفهوم الاولى الذي هو محل التنافي وسببه هو مفهوم الثانية
حين صدورها وح فيؤخذ بالاخذ به والغاء التنافي الذي يوجب التنافي وعليه
فيتم الاستدلال لكن الاستفادة مفهوم قوله عم ان كان فيه منفعة ثبوت
البأس عند انتفائها فيكون منطوق الثاني في ح اشارة الى بعض مصاديق
المفهوم الاول وثانيهما انه لو سلمنا انتفاء المفهوم عن كلتا الجملتين ايضا
بحيث الدعوى منطوقهما بعد ثبوت العام عم في مقام بيان جميع انواع
التصرف فلم يهمل حكم نوع منها ولم يكن شيء منها مسكوتا عنه في الرواية اذ
بملاحظة المقدمة المذكورة لابد من ادخال التصرف الخالي عن المنفعة والمضرة فيها
بحيث تكون الرواية مبينة حكمها وذلك اما بالثانية وبلا في المنفعة بان يقال ان المراد
منها عدم الضرر وبالثانية وبلا في الضرر بان يكون المراد منه عدم المنفعة ولا
ريب في عدم جريان الثاني وبالاول للوجهين احدهما ان المنفعة الاولى حين
صدورها غير محفوفة بالقرينة الصارفة لها عن حقيقتها لحمل النفع فيها
على عدم الضرر مع فقد الصارف مما يضحك به الثكلى وثانيهما ان مورد
السؤال ابعد ذلك الحمل حيث وقع السؤال عن اكل طعامهم وشرب مائهم
ونحو ذلك ومن الواضح ان هذه التصرفات نوعا فيه منفعة لا غير والتصرفات
الضررية بملاحظة التداركات الواقعة بعضها لا تتغير الى ضررية وغيرها
لاستحالة انقلاب الشيء عن وجهه الذي وقع عليه نعم تتغير تلك التصرفات
المسؤولة عنها ضررية بالوجدان فلا محيص عن حمل الضرر على عدم النفع فيناط

ـه وبعبارة اخرى المانع من الاخذ بمفهوم الثانية حين صدورها هو سبق الاولى فالمانع موجود فيه فيرفع اليد عن مفهومها البرهان
منه

فيناط البأس وعدمه على النفع وعدمه وح فيستفاد من منطوق الرواية
اعتبار المصلحة لعدم صدق الضرر على عدم النفع كما لا يخفى والشك مما ذكره
شيخ مشايخنا قده من عدم دلالة الرواية على المدعى ولو قلنا باعتبار المفهوم
للجملة الاولى وذلك من ظهور ان المراد بالمنفعة هو التدارك فالمعنى انه
ان تدارك تلك التصرفات المذكورة فلا بأس بها والا ففيه بأس وليس المراد
بالمنفعة المصلحة والغبطة حتى يثبت به المطلوب فيرد عليه ان المراد بالتدارك
ان كان مطلق التدارك ولو كان بالاقل فلا اشكال في عدم تنويعه بالتصرفات
الضررية فحالها بعينها وان كان بالمساوي كما هو الظاهر من كلامه مد ظله
فلا خفاء في عدم صدق المنفعة على التصرف الضرري المنجبر بالمساوي حتى يصلح
ان دلالة الرواية على اعتبار المصلحة في التصرفات اما بمفهوم الجملة الاولى
او بمنطوقهما معا كما لا خفاء فيها هنا وتسترك للقول الثاني وهو
كفاية عدم المفسدة بقوله تعالى يسئلونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير
وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لاعنتكم
الاية فانها تدل على المدعى من وجوه احدها قوله سبحانه وان تخالطوهم
فاخوانكم فان قوله فاخوانكم علة للجزاء المحذوف القائم مقامه كما في
قوله عز شانه وان يكذبوك فقد كذبت رسل من قبلك فقوله تعالى
فان يولي فقد سرقاخ له فالجزاء المحذوف هنا فلا بأس بالمخالطة
والمذكور علة لنفي البأس ومن الواضح ان الاخوة لا تقتضي الا عدم الاضرار
والافساد واما ايصال المنفعة فليس من مقتضياتها كما لا يخفى وثانيها
قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح ويقرب الاستدلال به من وجهين احدها
مقابلة المصلح بالمفسد فانها قرينة على ان المراد بالصلاح هو عدم الفساد
وثانيهما انه في مقام بيان جميع افراد المخالطين وحصرها بالمصلح والمفسد

بالمفسد واحاط علمه تعالى بهما فلازمه شمول المصلح والمفسد لجميع افراد
المخالط وذلك لا يتم الا بارادة عدم المفسد من المصلح اذ لو كان المراد
منه المشغول بصلاح وضبط فقد يخرج المخالط الذى لا يصلح ولا
يفسد عن الاية والقول بان الحصر لا يصح بالثنائية بل لفظ المصلح بارادة
عدم المفسدة منه لكن يصح بالنسبة الى المفسد بارادة عدم المصلح فاسد
الثنائية ليس باولى من الاخر بل يندفع بما عرفت ان انصراف اللفظ الصادر
عن الحكيم مالم ينضم اليه قرينة صارفة عما هو ظاهر فيه يحمل على ما هو ظاهر فيه
من صدره ولفظ المفسد بسبطه لا مقتضى للثنائية بل فيه يحمل على ظاهره
وح فيتعين الثنائية وبلغ المصلح الثانى عنه بارادة عدم المفسد منه والقرينة
على ذلك سبق المفسد دون الثنائية قوله تعم ولو شاء الله لاعنتكم اى لادخلكم
فى المشقة وعدم الادخال فيها كما يتحقق بالنهى عن اصل المخالطة كذلك يتحقق
باشتراطها بعدم المفسد ايضا وبايجاب دفع تلك الضررات عن سبب
الحظر وحيث توهم من قوله سبحانه قل اصلاح لهم خير اعتبار عدم المفسد
فى المخالطة مع الايتام بهذه الضررات دافعة للحظر المتوهم وخامسها
استشهاد الامام عم بها فى هذه الاخبار على جواز الشركة فى الاكل مع اليتيم
معللا فى بعضها بانه يوشك ان يأكل الصغير من نصيب الكبير ويمكن
الاستدلال لهذا القول ايضا بتلك الاخبار الواردة فى جواز الشركة
فى الاكل وقد يستدل له ايضا بروايات اخر معرفة وفيه نظر لا يخفى على اهله
ثم لا يخفى عليك انه بعد تسليم تمامية دلالة الاية والاخبار على كفاية
عدم المفسد لو خلينا والعنا نلتزم بالتفصيل بين الابناء وسائر
التصرفات باعتبار المصلحة فى الاولى وكفاية عدم المفسدة فى الثانية لان
الادلة الدالة على الاكتفاء بالثانى كالآية الاولى واخبار الشركة فى الاكل

فى المواكلة مختصة بغير الابناء من وجوه التصرفات ودليل اعتبار المصلحة
كقوله تعم ولا تقربوا مال اليتيم عام يشمل الابناء وغيرها كما يحمل العام على الخاص
ولازمه اعتبار المصلحة فى الابناء وعدمه فى غيرها ويحتمل قويا هذا
التفصيل بالاولوية ولكن بعد فيما اعتباره امران احدها عدم القول
بالتفصيل بين ظهور الاجماع المركب اذ كل من قال باعتبار المصلحة قال به مطلقا
وكل من قال بالاكتفاء بعدم المفسدة قال به كذلك ثانيها انه بعد ما ثبت بالآية
والاخبار جواز الشركة جواز اكل مال اليتيم ونحوه من التصرفات الخالية
عن المفسد فيثبت بها صحة الابناء الخالية عنها ايضا لانها ايضا نظرا
الى الادلة لسببه اتلاف لماله لان البيع مثلا عبارة عن اشتغال مال
الصغير الى غيره فبعد ثبوت جواز اتلاف مال اليتيم مع عدم المفسد يجوز
بيعه ايضا مع عدمها فلذلك لا يمكن القول بهذا التفصيل بل يبقى دخ
ح دليل اعتبار المصلحة مع دليل الاكتفاء بعدم المفسد تعارض التباين
لا العموم من الخصوص المطلق فلابد من الترجيح ولا شبهة فى رجحان دليل
اعتبار المصلحة على الثانى لما مر من دلالة الاية والرواية على اعتبار المصلحة
بمثابة الصراحة فضلا عن الظهور واما دلالة قوله تعم قل اصلاح لهم خير على
كفاية عدم المفسدة فمبنية على دعاوى ضعيفة ولا صحيحة وكذلك الاخبار بعدها
الاعراض عن اسانيدها واذ كان المشهور ذهب اليه الجمهور من اعتبار المصلحة
فيقدم ما هو اولى العمل به جارى كالاجارى وطن نعم يستثنى منها امران احدها
الاقراض للحاجة لقيام السيرة والاجماع على جوازه وان لم يكن مقرونا بالمصلحة و
اعتبار الملائة فى المقترض فانما هو لتدارك المفسدة لا لمراعاة المصلحة كما لا يخفى
كل الاقراض للتجارة لو كانت التجارة معرضة للحاجة بان كان المقترض ممن
لا يقتضى حاجة الا بالتجارة فان الظم دخوله فى عنوان الاقراض للحاجة واما

الافتراض او الحاجة فالظاهر اعتبار المصلحة فيه ايضا كسائر التصرفات لخروجه
عن مورد النص ومعقد الاجماع وثانيهما تفويض اجارته فانه جائز لخصوص
الاب ولا يشترط فيه المصلحة بل ولو كان فيه مفسدة ايضا على الظاهر المستفاد
من ظاهر النصوص المجوزة له مثل قوله انت ومالك لابيك ولو نصب الحاكم الشرعي
قيما على الصغار فهل يجب على القيم في تصرفاته مراعاة ما يراه الحاكم من اعتبار
المصلحة او كفاية عدم المفسدة كما بل المتبع تكليف نفسه ولو خالف رأي الحاكم
بان كان الحاكم مثلا ممن يرى اعتبار المصلحة والقيم مقلدا لمن يكتفي بعدم المفسدة
او بالعكس وجهان مبنيان على ان القيم عن الحاكم هل يكون نائبا عنه فيكون نائبا
له بنظره ومراعيا لما يراعاه فلو كان الحاكم ممن يعتبر المصلحة فيجب عليه مراعاتها
وان كان ممن يكتفي بعدم المفسدة فهو المتبع في تصرفات القيم النائب عنه او يكون
نائبا عن الامام عم وان القيمومة اعطاء منصب من الحاكم للرجل القيم وعليهما
فالمتبع نظره وتكليف نفسه ولو كان مخالفا لما يراه الحاكم الثاني صحب هذا تمام
الكلام فيما يتعلق بمراعاة المفسدة والمصلحة بقي الكلام في فروع هذه المسئلة
وتشقيقها بسبب الوجوه في الاية المذكورة والكلام في معناها يقع من جهات
الاولى في معنى القرب ذكروا فيه احتمالات احدها القرب المكاني بعد ما نبا عن
مال اليتيم جمودا على ظاهر لفظ القرب وثانيها مجرد وضع اليد عليه ويرد
عليهما مضافا الى كمال بعدهما عدم شمول الاية بناء عليهما لحكم ما بعد القرب
والوضع من التصرفات لو انعزا على العين الخطاب ح مختص بمن جانبه ولا
يتوصل الا الاولياء لان القرب ووضع ايديهم انما هو على مال يتولى عليه الذي
هم مسلطون عليه عقلا ولا ينهم عليه ومع ذلك فلا معنى لنهيهم عن القرب الجائز
لهم عقلا ولا بل ينبغي ان يخاطبوا بعد حصول القرب لهم بالتجنب لا
بعدم القرب اليه مع ان ذلك مخالف لما نفى العلماء كانه فان كل من قال باعتبار

باعتبار المصلحة في تصرفات الاولياء استدل عليه بهذه الاية فاختصاصها
بالاجانب مدفوع بانه خلاف المحقق وثالثها مطلق التقلب والتقلب وما
يتعلق به من تصرفاته كالبيع والصلح والاجارة ونحوها وذلك لا يشمل الابقاء
لانه ليس من التصرف ونحوها ورابعها الاعم من التصرف وعدمه وهذا احتمال في
البعد كالاولى بل البعد منه لحصول معقول لوضوح بطلان ارادة الاعم من الفعل
والترك من لفظ القرب من جهة عدم وجود الجامع بين النقيضين فلا بد من انتزاع
عنوان ثالث عدمي للتصرف يعبر عنه بالابقاء حتى يكون المراد من القرب الاعم
من التصرف والابقاء وهذا تكلف بين لا داعي اليه مع ان ارادة ذلك الاعم من التصرف
والابقاء ايضا محتاج الى جامع قريب حتى يدعى لزوم استعمال اللفظ في اكثر من
معنى واحد وليس بينهما جامع كذلك فلا بد من ارادة احد الامرين من التصرف والابقاء
والمعنى ح لا تقربوا احدهما الا اذا كان احسن وهو ايضا تكلف اخر لا يخفى
عن ضعف هذا الدفع وتظهر الثمرة بين هذين المعنيين الاخيرين في دلالة الاية
على حكم الابقاء وعدمها اذ على الاحتمال الاخير منهما تكون الاية متكفلة لحكم
الابقاء ودالة على اشتراط المصلحة فيه فلا يجوز الابقاء الا اذا كان مقرونا
بالمصلحة وهذا بخلافه في الاحتمال الاول لما عرفت من ان القرب بناء عليه عبارة
عن التصرفات العرضية والابقاء ليس منها فلا يكون مشمولا للاية وحينئذ فيما عنه ولا
مانع عنه ولو مع اقترانه بالمفسدة فضلا عن عدم اقترانه بالمصلحة وح
فلا بد في حكمه من الرجوع الى قواعد اخر وح فنقول ان للابقاء صورا مختلفة
الحكم فان كان فيه مصلحة فهو المتيقن جوازه وان لم يكن فيه شيء من النفع والضرر فجوازه
وعدمه مبنيان على اعتبار المصلحة في افعال الاولياء وعدمه والاكتفاء بعدم
المفسدة فعلى الاول لا يجوز الابقاء لانتفاء شرطه وعلى الثاني لا مانع عنه
كما لا يخفى واما اذا كان فيه الضرر فذلك تارة من جهة تلف العين او تلف

بعضا او صار فيها الولي باطابة ما لبيعها واحرى من جهة تنزل القيمة منزلة فيه
اما الاول فلا اشكال في وجوب البيع ونحوه من التصرفات فيه وجوها
الابقاء لان الاولياء امناء وحفظ الامانة واجب عليهم واما الثاني
ففي وجوب البيع ح اشكال من جهة عدم تلف العين كلا او وصفا فلا
يجب معرضته للحفظ ومن ان وجوب حفظ العين انما هو لحفظ ماليتها و
اثر لا قيمة فيه بمنزلة التلف في ماليتها ولذا لو فرض زوال المالية بالكلية
يجب البيع بلا اشكال لذلك الحال في زوال بعض من انها هذا ويحتمل التفصيل
بينما لو تعلق غرض المولى عليه بنفس العين دون ما لم يتعلق غرضه بها كالجارية
او تعلق ولكن المالك لا عبرة بغرضه كالصبي والمجنون ففي الاول لا يجب البيع ولا
يجوز ولذا لا يجوز بيع الوديعة لاجل تنزل القيمة منزلة فيه وكذا مال الغائب
وعلى الثاني يجب تحصيله لغرضه وحفظ المالية وهذا التفصيل جيد باعتبار
الاعتبار وان لم نظفر على بعض الاصحاب في هذا الباب فالحق جواز كونها ان
الامر في محتمله [illegible] العرب [illegible] والثمرة المذكورة متهية
عليهما وقد ظهر ان الاظهر هو الثاني كما ظهر ان المراد من التصرف هو ما تعارف في
في العرف كالاكل والشرب والبيع ونحوها فلا يشمل مثل وضع اليد على مال
اليتيم ونقله من مكان الى اخر ونحوها بسبب عدم ظهوره فيما ذكرناه فلا ظهور
له في الاطلاق [illegible] بالقدر المتيقن من التصرف كما ذكرناه هو المرجع
في حكم الزائد لكونك الى القواعد ومنها بطل الكلام فيما يخص الاصول
والقواعد في موارد الشك والصحيح واما الثانية فقد ذكروا للحسن معنيان
احدهما ما لا حرج فيه وهو المحكي عن حواشي التمهيد للقواعد وثانيهما
الصلاح اما الاول فلا سبيل الى ارادته في المقام اما اولا فلظهور تلبس الحسن

سلب الحسن عما لا حرج في فعله بداهة عدم صدق الحسن على ما لا قبح فيه وصحة السلب علامة
المجاز وحمل اللفظ على المعنى المجازي من غير قيام قرينة عليه باطل واما ثانيا
فلان الحسن والقبح من عوارض الافعال الاختيارية لما تقرر في محله
عدم اتصاف غيرها بهما ومن الواضح انه لا يمكن صدور الفعل الاختياري
عن العاقل المختار دون اشتماله على مصلحة راجعة اليه فلا يتصف بالحسن
الحسن الذي هو من عوارض الفعل الاختياري على مجرد ما لا حرج في فعله و
اما ثالثا فلانا لم نجد موردا استعمل فيه الحسن على هذا المعنى عدى مورد
عما نزل على الكتاب والسنة اقول الاول قوله تعالى ما على المحسنين من سبيل والثاني
قوله صلى الله ضع امر اخيك على احسنه ولكن لا ينافي ان فيهما ايضا ما يحتمل
مجرد عدم الحرج اما الاية فلان قوله تعالى قبله اذا نصحوا لله ورسوله قرينة على
ان المراد من المحسن ليس مجرد لا حرج في فعله لان النصيحة لله ورسوله مصلحة
واما الرواية فلان المراد الاحسن وان كان غير القبيح لان الامر الصادر من المسلم
بعد اتصافه بالمصلحة نظرا الى ما هو جبلة العقلاء من عدم صدور الامر العادي
عن المصلحة منهم فالمعنى ان الامر الصادر من المسلم المردد عن اتصافه بالمصلحة اذا
شك في اقترانه بالقبح فضعه على غير القبيح فلاحظه هو ولم يستعمل لفظ
الاحسن فيها في غير القبيح خاصة وبالجملة لم نقف على مورد استعمال لهذا
المعنى في لسان الفقهاء وان ذكره علماء الاصول في معاني الحسن الا ان المعروف في
مرادهم من لفظ الحسن بالاستعمال [illegible] ان يكون المراد الحسن هو الصلاح لظهور
اللفظ وشيوع استعماله فيه واما الثالثة فمقتضى ما حكي عن علماء الادب
وضع كلمة افعل للتفضيل وان استعماله في افعل الفعل نادر مخصوص بموارد
لا يصار اليه الا بمساعدة المقام او القرينة فحمل الاحسن على التفضيل ولا يضر فيه

كذا في النسخة ذكروه كى

الوصف

كذا

عدم الاضافة او التقدير عمن كان اصالة الحقيقة القاضية بالتفصيل
قرينة على تقدير كلمة كما في كلمة الله اكبر وتمام الكلام في مطلب من مقام شرح
ان لم يحصل عليه جائز بين امرين اما الصنف العام وهو الترك فيحمل التصرف ويكون
اصلح من عدمه فيكون جائزا واما اذا كان نافيا وبين فلا يجوز الاول بباب الحجر
العقلي الثابت بين الوجود والعدم عند عدم المرجح عقلا واما الصنف الخاص
اي الاصلح او الوجود بينها الراجح فهو الفرد الاعلى والاصلح من جميع الافراد او وجد
على الاول بانه لا يلزم جواز الفرد الادنى مع وجود الفرد الاعلى اذا كان اصلح
من عدمه فلو كان في اقراض مال اليتيم مصلحة لاجل ابقائه من خوف تلف
او غرق او حرق او سرقة او نحوها جاز لكونه احسن من عدمه مطلقا سواء كان بعض
الافراد اخفى منه واصلح او لم يجز وكان بعضه ادنى وان ينبغي الاعلى كالوكيل
اصلح من صنيع سفيها ومعلقا دائما وعادة ودليلا وبانه لا للزهد وكذا
لو كان بيع مال اليتيم صلاحا من عدمه فاشتراه واحد بعشرة والاخر بعشرين
فان البيع بعشرة مع وجود المشتري بعشرين لان نفس البيع اصلح من عدمه ذلك
مضافا الى كونه خيانة لاعتبار المرجوح على الراجح والخيانة لكون بيع المال
بالاقل خيانة مع صاحب المال ولذا لو صدر مثل ذلك من الوكيل
لا نعزل بظهور الخيانة ما لم يشترط منعقد بنصوص الفقيه بل يمكن استظهار
الاجماع المحقق على خلافه من ذلك هو العمدة في الحكم بالبطلان بالنظر الى المثال فمن
ذلك هو العمدة في الحكم بالبطلان بالنظر في المثال فيما ذكر من الظاهر والخيانة
يدفع الاولى باحتمال اضافة الفعل الصادر من العاقل المختار بعوض عن غرض
فهو دافع للظاهر والثانية بان مجرد منع الاشكال في الولي عليه لا يكون خيانة
بل الخيانة عبارة عن الاضرار عليه وهو منتف بحكم الفرض وقياس الولي بالوكيل

بالوكيل باطل لان اللازم على الوكيل احراز رضاء موكله وان العاقل
العاقل المختار لا يرضى ببيع ماله بالاقل من قيمته مع وجود المشتري بازيد فلذا
صدور مثله عن الوكيل خيانة موجبة لعزله وهذا الجواب في غاية الضعف كما عرفت
واورد على الثاني بان مقتضاه بطلان الجواب الاعلى لا على الاقل ما
يوجد فيه مصلحة على وجود واحد اصلح منه ويدفع الاول بارادة الاعم
من الترك والتصرف الاخر فعلى المراد خصوص الاحسن من الترك ولا خصوص الاحسن
من التصرف الاخر بل المراد التصرف الذي هو احسن من غيره وهو اعم منهما فكل
تصرف يكون احسن من غيره واصلح سواء كان ذلك الغير تركا او تصرفا اخر جائز
فعلى هذا ينبغي في مسألة الاقراض اقراض العادل لكونه اصلح من غيره
وفي مسألة البيع بعشرين بالزائد لكونه اصلح من غيره وان كان البيع بالاقل
اصلح من خصوص الترك وبالجملة فالمراد هو الاحسن من الغير كان الترك او تصرف
اخر كذلك لانه المتعين بقرينة المقام بل بقرينة العقل لانه يتعلق الحكم بحصة
ومعنا بما لا وجود له في الخارج اذ التصرف الذي لا يكون احسن من غيره تصرفا
لا وجود له في الخارج عادة ما لم يعنى انه عند دوران الامر بين امرين او امور
لا يجوز اختيار المرجوح على الراجح هذا مشوا انه بناء على عدم اعتبار
المصلحة كما هو من الشيخ المرتضى قده يقع التعارض بين الاية وبين الاخبار
الدالة على عدم اشتراطها في الاكل والشرب بنحو هما من التصرفات اليسيرة الغير فلم
والنسبة بينهما عموم من وجه كالا يخفى لكن الاخبار المذكورة اظهر واقوى دلالة
على عدم الاشتراط في الاكل والشرب فتقدم على الاية فلا يرجحان الاية تدل
على اعتبار المصلحة فيبطل القول بعدم اعتبارها لكن قد عرفت ان الاقوى
والاظهر والاحوط الاتباع ولزوم علم انه الهدى والله العالم الموفق

ومن جملة الشروط ان يكون المشتري مسلما اذا كان المبيع عبدا مسلما
وذلك متفرع على قاعدة نفي السبيل وهي من القواعد الكلية التي يتفرع عليها
فروع كثيرة من ابواب الولاية والوكالة والوصاية والاجارة والرهانة
ونحوها من الاحكام المستلزمة لثبوت السبيل والسلطنة على المسلم للكافر وعلى الاسم وقد
استدل على اصل القاعدة في العناوين بادلة كثيرة لا يهمنا التعرض لها و
ندعي الاجماع عليها الكاشف عنه على كليتها انها قاعدة غير حاصل والمنقول منه
والمنقول منه بلا طائل واحسن ما يستدل به على عدم صحة بيع العبد المسلم للكافر
وجوه ثلثة احدها فحوى الاستدامة حيث انه لو اسلم العبد الكافر في يد مولاه
الكافر فلا يقر تحت يده بل يجبر على بيعه اجماعا فيدل ذلك على اولوية حرمة
التمليك الابتدائي بالملازمة العرفية الا ترى انه اذا اشار المولى بعبده بالبقاء
في مكان وامره بالخروج عنه يفهم منه عرفا حرمة الدخول في ذلك المكان قطعا
بل بالملازمة القطعية العقلية لان التمليك سبب للملك مبغوض وهو قرار تحت
يده وسبب المبغوض مبغوض فاذا صار البيع حراما صار فاسدا لاقتضاء
النهي المتوجه الى ذات المعاملة الفساد واورد عليه الشيخ قده في المكاسب بان
حرمة الادخال لا تزيد على حرمة الابقاء لانه تابع له ومن المعلوم ان حرمة
الاستدامة لا يوجب زوال الملكية بان ينفسخ العقد بل انما هو حكم تكليفي
الملكية غاية الامر انه يجبر على البيع فليكن الامر كذلك في الابتداء ايضا يحرم البيع
ولا يلزم منه سلب الملكية لعدم عنه بالبطلان ويرد عليه انه متى اعترفت بحرمة البيع
لزم منه الفساد المقرر في الاصول وذهب اليه العلامة من اقتضاء النهي المتعلق
بذات المعاملة للفساد كما في المقام لان الحرام لم يتعنون بعنوان خارجي اجتمع مع
البيع في الخارج كما في البيع وقت النداء بل المحرم والمبغوض انما هو نفس

انما هو نفس البيع والتمليك فيكون فاسدا كما في قوله تعالى حرمت عليكم
امهاتكم وبهذا ظهر الفرق بين الابتداء والاستدامة لان الاستدامة ليست سببا
فليس فيها معاملة منهي عنها يقتضي فسادها بل المحرم انما هو نفس الابقاء
والاقرار تحت يده ولا يلزم منه الا الاجبار على البيع لا الانفساخ
لانه عام والعام لا يدل على الخاص وح فقياس الابتداء بالاستدامة
قياس مع الفارق كما لا يخفى وثانيها قوله تعالى لن يجعل الله للكافرين
على المؤمنين سبيلا فانه دليل على القاعدة الكلية المشتملة على المقام لانه
من فروعها وقد ناقش عليه في المكاسب بوجوه ثلثة اولها احتماله بقرينة
سياقه الآبي عن التخصيص لاقترانه بما لا يناسب على صحة ولا يلزم منه التخصيص
ولو لم يكن ذلك المعنى معلوما لنا او حمله بقرينة ما قبله على ان المراد منه نفي
السبيل في الاخرة وعلى التقريب يسقط عن صلاحية الاستدلال وثانيها
ان نفي السبيل فسر في بعض الاخبار بنفي الحجة للكفار على المؤمنين اخبارهم
انكروا الاجل هذا الزعم الفاسد الجميع لم يقتل بل شبه لهم ورفع الى السماء كما
دفع عيسى ع فيدل على هذا انه لا حجة للكافر على المسلم وان خدع وغلب بل
المؤمن هو الغالب المنصور وكيد الكافر وخدعه وغلبته في الدنيا لا توجب
ثبوت الحجة له عليه وثالثها انه معارض مع عموم ادلة الاسباب
القاضي بصحة كل بيع وحكومة الاية عليها غير معلومة والنسبة بينهما عموم من وجه
والجمع بين المتعارضين مهما امكن اولى من الطرح فلا بد من حملها على نفي السلطنة
لا على نفي الملكية وانت خبير بما في الكلام من النظر اما في الاول فلان تشبيه السوق
السياق مما لا ينفي ايها في الايات القرانية لان عدم كلامهم سهل الحمل على
عدم مراعاة السياق كما لا يخفى على من لاحظها اولا واخرا واما في الثاني فلان

الاخبار المعتبرة لا عبرة بها لابتناء جلها لولا كلها على التأويل والبطون وهو خلاف
الفقه والمفاهمة على التحقيق نظير ظواهر الفاظ القرآن من غير خلاف خطر الصدر
والتبديل والتغيير والاول في الاخبار يبنى حجية ظواهر الكتاب لكان
ورود ما ينافيها عن اهل التفسير والبيان واما في الكتاب فلان حمله على النفي
السلطنة ايضا ليس من الجمع بل هو ايضا من قبيل التخصيص في حل اسم البيع
لان معناه حلية ترتيب الآثار وما تقرر من انه لا معنى لحلية البيع الا حلية
ترتيب الآثار ونفي السلطنة بمعنى عدم ترتيب الآثار على هذا المملوك نحو
تخصيص في العموم المذكور نعم لو كان معناه ان البيع صحيح او سبب صحيح
ذكر الا انه باطل بل مفاده انما هو الحكم التكليفي من الاباحة والحلية والمنع
منه الوضع ونفي السلطنة مفاده نفي ترتيب الآثار وهو مناف لمفاده جدا
فلا يجمع بهذا الحمل مجرد التنافي والتعارض مضافا الى ان مجرد الملكية
مع قطع النظر عن الآثار ايضا سبيل منفي كما قيل حيث ان نفس الرقبة والمملوكية
ذلة للمؤمن وعزة واستعلاء للكافر وان كان ذلك لا يخلو عن نظر واما ما ذكره اخيرا
من قوله وحكومة الآية عليها غير معلومة فيرد عليه ان دعوى الحكومة قريبة جدا
نظرا الى ان مفاده مفاد ادلة نفي الحرج والضرر ونحوها من موارد الحكومة
فيكون ناظرا الى الاحكام الثابتة بالادلة الاولية وذلك لان السبيل
المنفي ليس عبارة عن السبيل التكويني الخارجي لاستلزامه الكذب بل المراد
منه السبيل الجعلي الشرعي وعليه فحكومته ظاهرة لوجود مناطها وهو كون
الدليل الحاكم مفسرا للدليل المحكوم بحيث لولاه لما كان له وقع بل كان
مستهجنا ركيكا اذ لولا جعل الاسباب الشرعية المستلزمة بعمومها لاثبات
السبيل لبعض على بعض لما كان لنفي سبيل الكافر على المسلم وجه فلا ينبغي التأمل

التأمل في حكومة القاعدة على سائر الادلة لشمول عمومها المقتضي له
ثم انه بعد هذا الكلام شيئا احتمالا ولا يخفى ونظرا الى لفظ هذا مضافا
الى ان استصحاب الصحة في المقام في بعض المقامات يقتضي الصحة كما اذا كان
الكافر مسبوقا بالاسلام بناء على شمول الحكم لمثله او كان العبد مسبوقا
بالكفر فيثبت في غيره بعدم القول بالفصل ولا يعارضه اصالة الفساد في
غير هذه الموارد لان استصحاب الصحة مقدم عليها فتأمل انتهى وفيه ان
الاستصحاب في المقام لا يكون الا من قبيل الشك في المقتضي ولا
عبرة به على مذاقه وما في الحقيقة لا مرجع هذا الشك الى الشك في
شرطية الاسلام في شرطية العبد المسلم من غير فقد حققنا في محله ان استصحاب
الحكمية جريانه في قبيل الشك في المقتضي الا كان من قبيل الاوصاف كالطهارة
والقابلية ونحوها وبعضها ليس من هذا القبيل وان كانت حكما وضعيا
فتبقى اصالة الفساد سليمة عن المعارض وثانيا ان تعارض الاصلين في
المقام انما نشأ من العلم الاجمالي بمقتضى الاجماع على عدم الفصل ولذا نقول في
محله بجواز خرق الاجماع المركب بحسب الاصول الظاهرية وذلك لان مخالفة العلم
الاجمالي بالخلاف في بعض الاطراف لا يمنع من جريان الاصول ولا يقتضي منشأ
للمعارضة بل يعمل في كل مورد بالاصل الجاري فيه وثالثا ان حكومة بعض
الاصول على بعض كالاستصحاب على البراءة وقاعدة الطهارة مثلا واصالة
الصحة على الاستصحاب انما هو فيما اذا كان مجرى الاصلين المتعارضين هو
الموضوع الواحد واما في الموضوعين المختلفين اللذين يتلازمان في الحكم بقيام
الاجماع على عدم الفصل فلا حكومة في البين وان سلمنا الحكومة بين الاصلين
قلنا ان التعارض بين الاصلين ح في غير هذا المقام كالاستصحاب والبراءة

فالموضوعين المتلازمين في الحكم حكم تعارض الاستصحابين فيتساقطان بالمعارضة ويرجع الى الاحتياط نعم لو كان منشأ المعارضة العلم بالتنافي فلا ريب حاكم على المزال ولو تعدد الموضوع واما لو كان منشؤها علم اجمالي فلا مسرح للحكومة في الموضوعين بل ينبغي البناء فطرح ولا تعارض الى المراد من استصحاب بعضها ان كان اصالة بعضها فنوما ان كان حاكما على الاستصحاب لو فرض كونهما في موضوع واحد الا انه لا مسرح لاصالة بعضها في المقام كان شبهة حكمية ويجري اصل بعضها هو اثباتها الحكمة الموضوعية وان كان المراد استصحاب بعضها لتغليبه فلا وجه لحكومته على استصحاب تغاير لو فرض كونهما في موضوع واحد ولعله الى ذلك كله اشار دامت بقوله فتأمل ومنها الخبر المشهور الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ودلالته لو كان اشتراط في الحمل مجرد ما دام لكنه فوق العنادين انه محمول على الاثبات اذ الحمل على ظاهره يستلزم الكذب لان المراد اما العلو في الغلبة عند الحرب والمخاصمة او في المال والثروة او في الشرف والكرامة والاول كذب لغلبة الكفار على المسلمين غالبا في الاحزاب والحروب ولا يخفى بعد الاضراب ايضا فينبغي حمله على الانشاء اي يجب علو الاسلام ويحرم غلبة الكفر وعلوه على الاسلام انتهى بتلخيص وفيه اولا انه لا يعقل الانشاء بمعنى جعلها في المقام ولو فرض معنى صحيح في الفقرة الثانية فلا وجه له في الفقرة الاولى اذ لا معنى لوجوب غلبة الاسلام على الكفر وثانيا انه لا عرف فالقائه على ظاهره من الاخبار واما ما ذكره من الترديد ففيه اولا انه لا دوران في المقام بل المراد هو الجميع لعنوان الاسلام يعلو في كل شيء ولا يعلى عليه في شيء لان حذف المتعلق يفيد العموم فهو بعمومه يشمل العلو التكويني والتشريعي

والتشريعي واما العلو المراد منه العلو في المخاصمة والمقابلة والاحتجاج ولزوم الكذب ممنوع لعدم كون القضية دائمية بل حالية محمولة على زمان النبي صلى الله عليه وآله ومن المعلوم علو الاسلام على الكفر في الحروب الواقعة في زمانه صلى الله عليه وآله كان منصورا دائما وكذا في الاحتجاجات الحكمية عنه مع الكفار وانما الثانيا فهو في الاحكام بعنوان الاسلام يعلو على الكفر في الاحكام التشريعية لا يعلو الكفر على الاسلام في شيء من الاحكام فكل حكم شرعي يلزم منه علو الكفر على الاسلام منفي بعنوان انه غير مجعول كما في قاعدة نفي الضرر والحرج فان مفادهما ايضا الاخبار بعدم جعل الحكم الشرعي المستلزم لهما وبه يتم الاستدلال الا ان حكومته على الادلة الدالة بعمومها على صحة بيع العبد المسلم من الكافر ونحوه ولا يتوقف الاستدلال بالخبر المذكور على حمله على الانشاء بل يصح ويتم على تقدير ابقائه على ظاهره وهو الاخبار لا ما عرفته من عدم ما توهم من استلزام المعنى المذكور الجمع بين الخبر والانشاء حيث زاهم يستدلون به على حرمة علو دار الكفار واستعلاء بيوتهم على ابنية المسلمين ولا يتم ذلك الا بحمله على الانشاء فيلزم منه الجمع بين المعنيين وهو اولا ممنوع لكونه عملا يكون له دليل اخر وثانيا انه يمكن تتميم ذلك ايضا على الاخبار لكونه حاكما على جميع الادلة وواقعا لكل حكم شرعي يستلزم علو الكفر على الاسلام ومنه الاباحة الاصلية ومن الواضح ان الاخبار برفع الاباحة مستلزم للحرمة لان الاباحة بناء الدار العالية للكافر علو وسلطنة له على المسلم فتكون مرفوعة ولازم رفع الاباحة ثبوت الحرمة كما في قاعدة الضرر واذا تحقق ثبوت القاعدة ووضوحها فلا بأس بالتعرض لجملة من الفروع المندرجة تحتها وقبل الخوض فيها ينبغي التنبيه على مقدمة شريفة ونكتة لطيفة تنجلي منها امور خفية وهو ان جملة من الامور حيث يخفى عنها هذه القاعدة بالاجماع حيث حوزتها

تسلط الكافر على المسلم كافتراض المسلم من الكافر المستلزم لاستيلائه عليه بمطالبته فى المطالبة واستيفاء حقه منه وكذا ايجار المسلم من الكافر المستلزم لتسلطه على مطالبته
بالعمل منه وكذا سبيل المسلم عاريا اوديعا ونحوهما المستلزم لتسلطه على
مال الاجارة فهل يكون خروج تلك الموارد الاجماعية عن تحتها من باب التخصيص او
التخصص شئ وان قيل بالاول فلا ريب ان القواعد الشرعية القابلة للتخصيص
المخصص هو الاجماع ودقيق بالثانى لان السبيل المنفى هو السبيل المجعول الى
بان يسلط الشارع الكافر على المسلم واما السبيل الذى اقدم عليه المسلم بان
سلط الكافر باختياره على نفسه واقدامه على الاقتراض او الاشتراء
او الاستيجار منه فليس بمنفى نظرا الى ان القاعدة فى نفى الضرر عدم كون الضرر الذى
يقدم عليه المكلف منفيا وانما المنفى هو الضرر الحكمى الشرعى والمتوجب حكمه
لو اقدم العالم بالعيب مثلا على شراء شئ لا خيار له فهو خروج موضوعى عن قاعدة نفى السبيل
هو السبيل والاستيلاء المتوجه من الشرع والسبيل فى الموارد الاجماعية المذكورة
ليس هنا القبيل بل انما صدر من المكلف المسلم باختياره فخروجها عن
القاعدة من باب التخصص وفى كليهما نظر اما فى الاول فلان المخرج انما هو المنقص
الاجماع اما الاول فليس منه فى تلك الموارد عين ولا اثر واما فى الثانى فلانه
اما ان يكون منعطفا على القاعدة الكلية التى تندرج تحتها الموارد الجزئية
الجائزة او على خصوص صورة صورة اما الاول فباطل ايضا الا بخصوص
قاعدة كلية تكون تلك الموارد من مصاديقها واما الثانى فاعتبار الاجماع
القائم على كل صورة صورة مبنى على كشفه عن المدرك والدليل كما هو المسلم
عند الخاصة واكثر العامة واما الاجماع بحدود المدرك فلا عبرة به
المفروض عدم ورود نص على الجواز فى كل مورد من الموارد الجزئية كما يشهد

كما يشهد به التتبع فى الاخبار واحتمال ورود نص اختفى علينا بالياده انما
الذوق السليم والفهم المستقيم وكيف كان فاحتمال التخصيص موقوف على وجود
المخرج ولا مخرج الا الاجماع الكاشف عن النص وهو خارج عن حد
الاعتماد والاعتبار واما الثانى فلان التسلط ان كان مستندا الى
مجرد اقدام المسلم من دون امضاء الشرع للسلطة عليه كان الامر كما ذكر الى
خروجها عن القاعدة من باب التخصص الا انه ليس كل تسلط للمسلم الكافر
على نفسه باحدى الوجوه المذكورة انما هو لاجل امضاء الشرع سببية البيع او
الاجارة مثلا ولا فرق بين امضائه لما يوجب تسلط الكافر على المسلم وبين
جعل ذلك فى استنادهما كليهما الى الشرع لان المقتضى كالمبتدا فاذا استند
التسلط المذكور اليه فى اجازته يستلزم تخصيص القاعدة فلا مجال لاحتمال
التخصص وبالجملة فلا سبيل الى شئ من هذين الوجهين فى توجيه خروج الموارد
الاجماعية عن تحت القاعدة بل الحق والتحقيق المخصوص بالتصديق ان الوجه فى
ذلك ان قاعدة نفى السبيل كقاعدة نفى الحرج ونفى الضرر حاكمة على الادلة لا لازم
الحكومة كونهما معا فى الامتنان وح فينظر فى موارد تسلط الكافر على
المسلم فى كل مورد يكون فى رفع تسلطه امتنان على المسلم يقع تحت القاعدة
فيه وكل مورد ليس كذلك بل الامتنان فى وضعه وابقائه عليه فهو خارج عن
مجرى القاعدة ومن الواضح عدم الامتنان فى رفع التسلط فى الموارد
المذكورة المجمع عليها بداهة ان المسلم المحتاج الى الاقتراض من الكافر لضعف
فقر ونحوه ممنوعا عن الاقتراض لدفع حاجته لما فيه من تسلط الكافر
خلاف الامتنان بل المنة فى ترخيصه فى ذلك وكذا مسلة شراء
الدار او الاستيجار لما يعود اليه من المنافع فليس فى المنع عنه منة عليه

والحاصل ان المسلم كلما اقدم على ايجاد سبب يوجب احداث سبيل للكافر عليه
فلا مسرح للقاعدة المذكورة فيه وانما تجري فيما اذا كان السبيل مستندا
الى جعل الشارع والسبب مجبرا كان في دفعه منه على المسلم والموارد المذكورة
ليست من هذا القبيل بل كلها من قبيل الاول كالايجاب ثبت ثم ان خروجها
عنها من باب التخصص نظرا الى ان منصبها منصب الامتنان واذا تقرر ذلك
فلنتكلم في الفروع الخلافية المتكونة من اجرائها في القاعدة المذكورة وقد
قد عرفت ان منها بيع العبد المسلم من الكافر وقد مضى الكلام فيه ومنها
الاستيجار للكافر وفي جوازه مطلقا كما يظهر عن المحكي عن ... النهاية ظاهر
المحكي عن ... او المنع كذلك كما هو ظاهر المحكي عن ... والايضاح او التفصيل
بين ما لو وقع على الذمة وبين ما لو وقع على العين بالجواز مطلقا في الاول
والمنع كذلك في الثاني كما عن الحواشي وجامع المقاصد وكذلك او التفصيل بين
كون المسلم ما لو وقع على الذمة وبين ما لو وقع على العين بالجواز مطلقا في الاول
والمنع كذلك في الثاني الا اذا كان حرا او عبدا فالجواز في الاول والمنع في الثاني سواء
وقعت الاجارة على العين او الذمة كما عن ظاهر ... اقوال اظهرها اخيرها
لا لما قيل من ان الحر لا يدخل تحت اليد فلا يثبت للمستاجر عليه ولا على منفعته
حتى يكون له سبيل عليه بخلاف العبد فانه لاجل دخوله تحت اليد يملك المستاجر
المنفعة اذ حينئذ عدم دخول الحر تحت اليد بما في سلطنة المستاجر على استيفاء
المنفعة منه عرفا بعد تملكها بالاجارة بل لما حققناه من ان كل اقدام على اجارة
نفسه من الكافر تسلط عليه ودفع هذا السبيل الحادث باختياره من المسلم
خلاف الامتنان وليس مثله عبيد منع استيجاره سواء تعلقت الاجارة برقبته
او بذمته واما استيجاره للعبد المسلم فالكلام فيه اما اذا تعلقت برقبته

برقبته فواضح لانه سبيل للكافر عليه منفي بالاية واما اذا تعلقت بذمته
فمقتضى ما حققناه وان كان صحته نظرا الى انه لا ذمة للعبد فعلا بل
انما يكون له ذمة تعليقية بصيرورته حرا بل في ذمة العبد ما دام كونه مملوكا ذمة
مولاه فيكون ذمة المولى مشغولة باستيفاء المنفعة الموجبة لتجدد السبيل للكافر
في سبيل على ذمة المولى قد عرفت انه لا امتنان في دفعه الا انه مع ذلك كله
لما كان الغرض من الاستيجار ذمة العبد استيفاء الموجود المنفعة من شخص العبد
كان الخصوصية مقصودة مأخوذة في الاجارة فلا جرم يكون للكافر سبيل
على العبد بالالتزام وقد اتضح ان كل سبيل كان في دفعه عن المسلم امتنان
سواء كان سببه بالمطابقة او بالتضمن او بالالتزام فهو منفي فيه ولا نقض في
استيفاء الذمة للعبد لانه انما ينفي التسليط المطابقي واما الالتزامي فيكون به التسليط
على استيفاء المنفعة منه بخصوصيته فيه ثابتة ... الاستيجارة ... الاقوال في
تلك الاقوال هو هذا التفصيل الاخير ومما ذكرنا ظهر ضعف ما فيه كما لا يخفى
ومنها ارتهان العبد المسلم عند الكافر وفيه ايضا خلاف في جوازه مطلقا كما
ظاهر نهاية الاحكام ومنعه كذلك كما عن ... والايضاح والتفصيل بين ما لم يكن
تحت يد الكافر كما لو وضعاه عند مسلم ... وبين ما يكون تحت يده فلا كما عن ظاهر
... وعن الايضاح ... وقع ... اجودها اوسطها الا ان الثابت للتسلط
المرتهن على منع المالك من التصرف في العين المرهونة الا باذنه والزامه على بيعه
فثبت سبيل منه على الراهن منفي بالاية اذ يتجه عليه ان منع المالك عن التصرف
والزامه على البيع حكم شرعي الهي وليس تسليطا للمرتهن على الراهن وثانيا ان
الراهن لاجل اقدامه عليه فثبت ذلك السبيل على نفسه ودفعه فلا امتنان
في دفعه كما مر بل لان احداث الحق للكافر على العبد المرهون باستحقاقه استيفاء

الدين فهذا اصالة سبيل للكافر على المسلم منفي بالآية لما في معقد الاجماع لا
الواضح فلا ينافي ذلك عدم كون الرهن مقبوضا للكافر البايع لو وضع بيده عليه كما هو
احد شقي الاطلاق في العدم لو هذا صدق السبيل على كونه في قبض الكافر بل
يكفي فيه استحقاقه على استيفاء الدين كما هو لازم الرهانة التي هي وثاقة
لاستيفاء الدين منه وقد عرفت ان جميع انحاء السبيل مطابقية كانت او
التزامية منفية بالآية ما لم يتحقق من المسلم اقدام لا يقع لا امتنان ومنها
اعارة العبد المسلم من الكافر والظاهر انه حيث لا ينبغي التامل في فساده لما فيه
السبيل والعلو وقد استقربه في محكي عن وصححه وكذلك في حواشي الشهيد وفيه
ان الاعارة والايداع اقوى من حال الارتهان وما ذكره جيد في الايضاح في العارية
تسليطه على الانتفاع منه وهو اظهر افراد السبيل ولعل ما ذكره في الوديعة فلا ينبغي
النظر بل منع وان استلزم الايداع ولاية الودعي على الوديعة وجميع انحاء العلاقات
منفية من الكافر على المسلم الا ان هذه الولاية مغايرة لسائر الولايات لكونها لا بد
تسليطه على حفظها لا عليه حتى يحكم بانتفائها بحكم الآية وهل يرى احتمال لزوم
بعدم جواز حفظ الكافر للمسلم اذا توقف حفظه ورفع مرضه به لكونه سبيلا
عليه ولذا صرح بجواز الايداع عند الكافر في كره وما حققناه ظهر ايضا عدم
صحة وقف الكافر عبده المسلم على اهل ملته كما لا يخفى ومنها توكيل الكافر
على المسلم والظاهر عدم جوازه سواء كان الموكل مسلما او كافرا لان ذلك سبيل وعلو
منفي وصرح بعض الاجلاء في محكي كنز العرفان وقد يشكل بانه لا وجه لسلطنة
اذا كان الموكل كافرا لان المسلم باقدامه على الامر اخرج الموكل الكافر سلطنته
على نفسه ولا امتنان في دفع مثل هذا السبيل حينئذ وتوكيل الكافر لا يرجع
لا يزيد على التسليط المذكور شيئا ويندفع بان ما اقدم المسلم عليه هو تسليط

تسليط الموكل الكافر عليه لخصوصية فيه وهو غير منفي واما تسلط الكافر
الاخر فلم يقدم عليه فيبقى داخلا في عموم قاعدة نفي السبيل ونظيره السبيل للوارث
الكافر على المسلم المديون لمورثه باطلاق ان الاقدام على سبيل المورث اقدام
على سبيل الوارث لكونه من لوازمه بخلاف الاقدام على سبيل الموكل فانه
ليس اقداما على سبيل الوكيل كما لا يخفى فالاقوى ان المسلم هو بطلان توكيل
الكافر على المسلم سواء كان الموكل كافرا او مسلما ومنها الاستيذان
من الكافر فيما يتوقف عليه صحة العمل من المستحبات والواجبات كالاستيذان
من الاب والام والضيف الكافر فهل هذا ايضا شرط كالاستيذان من
المسلم ام لا فالذي ينبغي ان يقال انه لا خفاء في ان الاستيذان المذكور علو
للكافر على المسلم فاعتباره مستلزم للعلو المنفي والاسلام مضافا الى انه
لا عموم في دليل اشتراط الاذن بحيث يشمل الكافر اذ المناط فيه هو احترام
الوالدين ولا احترام للكافر لعدم المقتضي لاستفادة دليل الاشتراط هو
شرطية الاستيذان من المسلم ولو سلمنا العموم نجد ان ظاهره قد يقبل لسان السبيل
حاكم عليه لحكومته على غيره وتفصيل الكلام في المقام اموره ينبغي التعرض اليها
الاول ان المراد بالاسلام المحمول عليه الآية في نحو ان ترى ولها هو الاسلام
الواقعي عند الله تعالى وهو الاقرار بالله جل جلاله ورسوله والاعتقاد بما جاء به النبي ص
الذي هو حلبته بل وحط الاعتراف بولاية اوليائه ص وجحد حيث انها توجب
نفي ما يؤدي بالولاية والكافر لم يعتقد بذلك سواء كان محكوما بالنجاسة
وان انتحل بالاسلام كالنواصب والغلاة والمجسمة والزنادقة لعنهم الله كالمخالف
ولا يكفي في الاسلام الذي هو دين عند الله تعالى في الواقع مجرد اظهار
الشهادتين خلافا لشيخنا المرتضى (ره) حيث عد المخالفين من المسلمين و

ولا يعرف الكافر بمن حكم بنجاسته تعريفه بالرسم وحده ما ذكرناه من الحكم
من انكر ما رجع الى الاسلام ضرورة من الواضح صدقه على المخالفين المنكرين للولاية
ولا فرق فيه بين الكافر ولا بين جميع الاولياء صلوات الله عليهم اجمعين
او واحد منهم كما اثر الفرق في الباطلة كالكيسانية والزيدية والا
الاسماعيلية والفطحية وغيرهم فانهم باجمعهم داخلون في الكافر موضوعا
وخارجون عنه حكما لما دل على جريان احكام الاسلام عليهم من المناكحة
التوارث وحفظ الاموال وحقن الدماء او غير ذلك من الاحكام التي يعدد
جريانها عليهم فاثبتنا جريانه عليهم كالمذكورات يجب الاقتصار وما لم
يثبت لعدم ورود دليل عليه يحكم فيه في حقهم بحكم الكفار ونقضيه ما ذكرنا
عدم جواز بيع المسلم من الكافر الثاني انه هل يجوز بيع ولد المسلم من الكافر
ام لا وجهان من الظهور دليل عدم الجواز كقوله تعالى لن يجعل الله للكافرين على المسلم السابع
مع هذا البيع كما دعوا اما صل بين المسلم والعارض والحاكم ومن دليل بتبعيته
الولد للوالد في الاحكام التي من جملتها عدم جواز بيعه من الكافر وهو الاقوى
واما ما استشكله بعض مشايخنا في ولد الكافر فلا نفهم له وجها اذ الظاهر
انه اراد بذلك شراء الولي المسلم وح فان كان ولده مسلما كالحاكم الشرعي
المشتري لولد الكافر مسلما فلا اشكال في الجواز اذ الشراء ح من الولي المسلم
مجرد ملكية الصغير المولى عليها ليس بيده منه على المسلم قطعا وما ذكرناه ثابتا
من الملكية المجردة ليست سبيلا وانما هو ملكية الكافر للبالغ الرشيد في مثل
الصغير وعلى التقدير فلا اشكال في حكم المسئلة فالصواب تبديل اطفال
الكفار باطفال المسلمين لما عرفت من الاشكال فيه ولعله حصل من النسخة
غلط من الناسخ والكتاب الثالث انه هل يجوز بيع المجادلة المؤمنة

كذا في داخلان خارجة

كان فلا اشكال في عدم الجواز لانه سبيل الولي الكافر على المسلم بقوله الكافر عليه

وقد نبق الكلام في

المؤمنة من المخالف ام لا والتحقيق ابتناء الجواز وعدمه على جواز
تزويجها منه فعلى القول بالجواز كما هو المشهور يجوز بيعها منه ايضا
وعلى القول بالعدم كما هو المختار ودلت عليه فلا يجوز بيعها منه ايضا بطريق
اولى هذا وقد بقي الكلام في المستثنيات وهي امور
الاول ما لو اشترى الكافر من يعتق عليه من الكفار والمسلمين
فان الاصحاب حكموا بصحة البيع وحصول الانعتاق قهرا وحكى
استثناؤه عن الفقهاء ونبه والمتأخرين كافة وادعى عليه الاجماع في
ولم اقف على مخالف فيه عدا ما حكي عن الشيخ منه في ط والقاضي
من الحكم بالفساد والثاني ما لو امر المسلم بحرية مسلم ثم اشتراه او
قال المسلم اعتق عبدك عني بكذا فانه عزي القول بالصحة فيهما الى
المصنفين الى العلامة منه في كره والثاني في جامع المقاصد
وكذلك الثالث ما لو شرط البائع للعبد المسلم على المشتري الكافر ان
يعتقه حيث حكي الجواز فيه عن الشهيدين منهما في شرح وضه وجماعة في
في صورة شاعرة فيه نفي السبيل من ان السبيل المنفي للكافر على المسلم هو السبيل
الذي يوجب رفعه على المسلم فان مضمون الاية نصب الامتنان واما
السبيل الذي ليس في رفعه منة بل كانت المنة في اثباته وابقائه فهو
غير منفي بظاهرها لا اشكال في صحة تلك الموارد المستثناة لان السبيل في
جميعها ليس مما في رفعه منة على المسلم اما الاول فواضح لان دخول المسلم
في ملك الكافر وخروجه عنه بحصول الانعتاق فالقهري مما فيه منة على المسلم
وليس رفعه بعد هذا القبيل وكذلك الحال في الثاني بعين ما ذكر في الاول
الامر ان الانعتاق في الاول لدافعي وفي الثاني ظاهري نظرا الى الاقرار

الى اقرار الكافر بالحرية فيؤخذ باقراره بالحرية ولا نص الا الانعتاق والجمع بينه
وبين صحة الشراء بمقتضى دخوله آناً ما في ملكه ثم الانعتاق عنه وقد عرفت ان
مثل هذا الذي يعقبه الانعتاق لا امتنان في نفي سبيل الامتنان في
اثباته اذ لولاه لما خرج العبد عن ذل الرقية الى عز الحرية واما ما استشكله
شيخ مشايخنا المرتضى ره في المقام من عدم تصور صورة صحيحة للشراء مع
اقراره بالحرية لعلمه اي المشتري بفساد البيع على كل تقدير على الصدق والكذب
اما لثبوت خلل في المبيع لكونه حرا او في البائع لكونه كافرا ملبسا على ما ينبغي
بل ليس بشيء لانا نختار الشق الثاني فاعتمادا على يد المسلم البائع وظهور
بيعه في كونه عبدا ولا يقدح في ذلك اقرار المشتري الكافر بحريته بل
وجوده كعدمه مثل ما لو اقر بالشجرية العبد المشتري غاية الامر انه يؤخذ
في حقه فيؤخذ باقراره ويلزم به ولا نص الا الانعتاق بعد دخوله في ملكه
وقوله بان ذلك يستلزم تخلف البائع لكونه كافرا قد عرفت ما فيه وان
تملك الكافر اذا تعقبه الانعتاق ليس من السبيل المنفي واما ما ذكره اعلى الله مقامه
بقوله ره الا ان يمنع اعتبار مثل هذا العلم الاجمالي فلا نفهم له معنى
محصلا اذ بعد كون المشتري عالما بالفساد على تقديري الصدق وا
الكذب يكون علمه بالفساد علما تفصيليا لا اجماليا غاية الامر ان الترديد
في منشأ العلم لكونه ناشئا اما عن الخلل في المبيع او في البائع ولا يعقل التعبير
بالعلم الاجمالي كما زعم قدس سره على تقدير تصور العلم الاجمالي في المقام
بوجه من الوجوه فسند المنع ليس الا ما ذكرنا من انه لا اثر لاحد طرفي
العلم الاجمالي اذا لم يكن مؤثرا الا باعتباره ولعله ره اشار الى جميع ما
ذكرنا اشار بقوله فتامل واما الثالث فلانه لو اريد من شرط

اذ على تقدير الكذب لا مقتضى
للفساد بعد كون شرائه
منشأ للانعتاق وقد
وقد تعرضنا في محله انه لا اثر في العلم
الاجمالي ره

من شرط العتق شرط الانعتاق فهو كالاول حرفا بحرف ولو اريد
شرط الاعتاق كما هو الظاهر لفظا شرط الشيخ عليه في الايقاعات
فالظاهر انه لا اشكال في صحة الشراء على مسلكنا لان الملكية اذا كانت
مقدمة للعتق بحيث الشراء ليس من السبيل المنفي بل هو خارج عنه قطعا
فلا ينبغي الاشكال في جواز الشراء وصحة المعاملة في جميع تلك
الموارد واما على مذاق القوم الذين لم يسلكوا هذا المسلك بل نفوا
بالاية كل سبيل للكافر على المسلم فيشكل الامر عليهم في تلك الموارد
المستثنيات حيث قالوا بالصحة فيها بان الملكية المجردة ليست سبيلا
اذ يرد عليهم الاشكال ويتوجه اليهم السؤال بان الملكية المجردة
لو لم تكن من السبيل لم ينبغ الحكم في اصل المسئلة بصحة شراء الكافر
للمسلم بمقتضى هذا التعليل غاية الامر اجباره على البيع اذ لا مانع عن
الصحة المتعقبة بالاجبار بعد البناء على عدم كون الملكية المجردة سبيلا فما الفرق بينه
دون المستثنيات كما انكم قلتم ما ملكية مجردة اذ ربما لا يكون جابر فيجبر
على البيع بل لا يتحقق البيع بعد الاجبار بلا فصل لجهة من الجهات
فيبقى المسلم مدة طويلة في ذل العبودية والرقية للكافر وذلك سبيل
منفي وعلو منفي وهذا بخلاف الاخيرين اما الانعتاق فلانه حكم شرعي
المترتب على الملكية في آن حصولها واما الاعتاق فلالزام المشتري
به في متن العقد بحيث يعقبه من غير تراخ ومهلة فمثل تلك الملكية
التي الشرع يفكها ليس من العلو والسبيل المنفي فهذه دعوى ما يمكن ان
يتوهم ابداء الفارق بين المقامين مع قطع النظر عنه فيتجه عليهم الاشكال
ولا محيص لهم عنه ونحن بحمد الله في فسحة عنه كما عرفت ثم

فما الفرق بينه وبين تلك
الموارد سيما الثالث منها
اذ كان الملكية قبل الاجبار
سبيل ... تحقيق بين
الانعتاق ... سبيله
علو ولعله لذا اشار
شيخ مشايخنا قده في
جوازه ... الا ان يفرق
استظهارا للقوم بالفرق
بين الملكية قبل الاجبار
وبينها قبل الانعتاق
او الاعتاق ... بكون
الاولى سبيله صح

ثم انه هل يلحق الاقارب الرضاعية بالنسبية في الحكم المذكور ام لا
وجهان بل قولان اولهما مذهب المشهور نظرا الى بعض الاخبار والنصوص
الدالة على الالحاق الا انها معللة بانه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
وبهذا التعليل اشكل بعض الفقهاء بان مقتضى عموم العلة ترتب جميع
احكام النسب على الرضاع مع انه جار لم يلتزم به احد اذ من جملتها وجوب
الاطاعة ومنها وجوب الانفاق اذا كان الاب معسرا او من العاجز انه
لا يجب اطاعة الاب الرضاعي ولا انفاقه ولكن يمكن التفصي عنه بان عموم
العلة انما هو بالنسبة الى الحكم المستفاد منها وهو نفي الاحكام المحرمة
الثابتة للنسب على التوضيح فكل حكم محرم ثبت للنسب فهو ثابت للرضاع
كالاسترقاق والنكاح وموارد النقض خارجة عن مفاد العلة لانها من
الاحكام الوجوبية فلا ينتقض بها نعم ينتقض العموم المذكور بالظهار
فان ظهار الاب سبب لنشر الحرمة وليس ظهار الرضاعي كذلك فيبقى
الاشكال بالنسبة الى خصوص الظهار الثاني هل يملك الكافر
للمسلم قهرا ابتداء ام لا كما لو كان للكافر عبد مسلم في يده واجبر على البيع
فمات قبله فهل يرث منه الكافر فيه وجوه احدها ما هو المشهور من انه
يملكه ثم يجبر على بيعه لان الموت مقتض للتوريث والتورث والمانع عنه
انما هو سلطنة العبد لا سلطنته لعلها سبيل عليه والملكية المجردة ليس سبيل
وانما السبيل الملكية المؤثرة التي يترتب عليها الآثار ولذا صرح بعضهم
عنه لكان اجباره على البيع وثانيها ما افاده شيخنا المحقق في
واستظهاره الى الامام ع لانه وارث من لا وارث له الكافر بقاعدة نفي السبيل فيكون
الميت بالنسبة الى هذا المال ممن لا وارث له فيرثه الامام وثالثها

وثالثها ما حكي عن الفخر قده في الايضاح من ان الكافر يملكه فينعتق
عليه ويؤخذ ثمنه من سائر تركة الميت جمعا بين دليل الارث وقاعدة
نفي السبيل وضعفها اخيرها لضعف الاولين اما ما ادعاه
شيخنا المرتضى رض فلانه مصادرة واضحة ضرورة ان ادخاله في
موضوع من لا وارث له مبني على اثبات عدم قابلية الكافر لتملك
المسلم ومجرد الاحتمال لا يكون الادخال فيه حتى يرثه الامام ع واما
ما عليه المشهور فيرد عليه ان الملكية المجردة لو لم تكن سبيلا يلزمه الحكم بالصحة
في اصل شراء الكافر للمسلم واجباره على البيع مع انهم لا يلتزمون
بالصحة فيه بل يحكمون بالفساد كما هو الظاهر الا ان يوجه وان كانت
نظرهم انه عند حيث يعللون الصحة في المقام بعدم كون الملكية
المجردة سبيلا ولازم هذا التعليل الالتزام بالصحة ثمة ايضا الا ان
الجبر اداء لحق العلم لو اجبر ما وقعوا به في حيص وبيص فنقول ان المانع
عن الصحة ثمة انما هو آية نفي السبيل وهي قوله تعالى لن يجعل الله الخ
فانها بظاهرها وان كانت جملة مثبتة لكنها في الحقيقة بمنزلة النهي
نظير قوله سبحانه لا يمسه الا المطهرون واذا اولت بالنهي فلا يتوجه الا
على الاسباب الاختيارية كالبيع والشراء ونحوهما من الاختيار انما
تعلق النهي بمقتضى المعاملة بمقتضى الفساد واما الاسباب القهرية
كالارث مثلا فلا يمكن شمول النهي لوضوح ان موضوع الاحكام
انما هو الافعال الاختيارية ومنه الحكم بالفساد ثمة لوجود النهي
المقتضي له كما تم الحكم بالتملك هنا لوجود المقتضي وهو الارث وفقد
المانع وهو النهي ويدل على كون النفي في الاية بمنزلة النهي قوله ع في

في عبد كافر أسلم في ملك كافر فيبيعوه على المسلمين لأن الأمر بالبيع
صريح في بقائه في ملك الكافر لولاه فذلك قرينة على كونه بقاء إذ
لو كانت نقلا لكان حاكما على جميع الأسباب اختيارية كانت أو غيرها
حدوثا وبقاء ولازم الحكومة زوال الملكية عنه بمجرد الإسلام ويتبعه
عدم صحة البيع عرفا فالحكم بجواز البيع قرينة على كون النفي في الآية غير له
النهي فلا يتعلق إلا بمثل البيع ولا يشمل نحو الإرث فيصح الحكم بأن يملك
هنا ولا يصح منه مسألة على هذا فالقوم لا إن الأقوى في النظر هو
ما ذهب إليه الشهيد نظرا إلى وجود المقتضي وفقد المانع بعد كون السبيل
المذكور منصرفا إلى نحو ما هو بعرض وكما بالجرح خلاف ذلك ضرر على الو
الوارث أيضا لأنه ضيعه من التركة هذا وهل يلحق بالإرث ولد الملك
القهري الناشئ بسبب خاص كالأخذ بوجه الإلحاق هكذا وعدم كل ما التحصيل
بين ما كان بسبب اختياري فالثاني دون غيره من الأول والكلام هنا في مقامين
أحدهما في أنه هل يثبت في الشرع ملك قهري ناشئ عن سبب قهري غير
الإرث أم لا ذكر بعض الفقهاء له أمثلة منها أنه لو حصل الولد
من العبد والأمة بعد إسلامهما في ملك الكافر وملكه قبل بيعهما عليه فيدخل
هذا الولد في ملك الكافر المالك فيحكم بأنه يتبعهما في الإسلام ومنها
الصلح القهري بمعنى القسمة الإشهادية بين المتداعيين فإنه من الأسباب القهرية
بالنسبة إلى نصف ما وقع فيه التداعي وعلى هذا فلو تداعى المسلم والكافر على
عبد مسلم وكان العبد في يدهما معا ولم يأتيا بالبينة أو أقاماها معا
وتكاذبت البينتان من جميع الجهات فيحكم بالكسر كل منهما بالنصف ولو
في الظاهر ومنها تلف المبيع قبل قبضه فإنه من مال البائع ومقتضاه

[illegible]

ومقتضاه انفساخ العقد آنا ما قبل التلف فهو أيضا ملك قهري
ناشئ من سبب قهري وهو التلف إلا أنه كلا وفي الكل مناقشة
أما الأول فلأن كونه مثالا للملك القهري مبني على كون النماء حادثا
جديدا ضمن تملك الكافر جبرا وأما بناء على عدم كونه حادثا بل كان لو نوع
وجود تبعية الأصل كما هو الحق المحقق في محله ولذا يملك المالك النماء التابع
والثمرات والنماء إذ لا يحتاج إلى تملك جديد أو ما هو منه فلا يكون
مثالا له لكان عدم كونه حادثا حقيقة بتملك الكافر جبرا بل ما كان سبب
لتملك الأصل هو سبب لتملك النماء أيضا فتأمل وأما الثاني فلأن الصلح
القهري والملك بالتنصيف عند التداعي يتوقف على أحد الخمس في المتداعيين
كما قرر في محله ومع عدم الحلف ونكولهما عنه يتوقف ولا يحكم بالتنصيف
ومن الواضح أن الحلف من الأسباب الاختيارية للملك الظاهري فيخرج
هذا أيضا عن كونه مثالا للملك القهري وأما الثالث فلأن وقوع
التلف قبل القبض من مال البائع مسلم إلا أن فيه وجوه واحتمالات
أحدها أن يكون ذلك لتغريم البائع برد ثمن التالف بعنوان الغرامة في صورة
التلف عن العين التالفة لا أنها تدخل في ملكه ويقع التلف في ماله
فيرجع الثمن إلى المشتري على البائع بعوضه مع خروج المبيع التالف عن ملكه
لعدم قبضه إياه فرد الثمن غرامة ناشئة من عدم الإقباض وثانيها أن
يكون ذلك حكما تعبديا صرفا إلى المنصوص والإجماع وثالثها الحكم بانفساخ
العقد وعود المبيع إلى ملك البائع آنا ما قبل التلف وكونه مثالا للمقام
مبني على الوجه الأخير وأما على الاحتمالين الأولين فلا مساس له بالمقام
وإثبات الأخير مع نظر فيهما دونه خرط القتاد وقال له بإثبات

والذي يخطر بالبال في بيان المثال للملك القهري الناشئ عن سبب
الارث هو ان يتزوج الكافر عبد المسلم في يده صداقا لزوجته
ومات قبل الدخول بناء على كون الموت منصفا للمهر كما هو احد قولي
المسئلة فيملك الزوج نصف المهر بسبب قهري وهو الموت فتأمل وا
المقام الثاني فان المفصل المذكور الذي ارتضاه شيخ مشائخنا
المرتضى رض تبعه جمع من عدم الالحاق مطلقا حيث قال ان ذكره فرضها او وسطها
ثم اخرها لا يرجع الى محصل اذ المراد من سبب الاختياري والقهري هو كل
سبب شرعي كان يترتب المسبب عليه قهرا بالنظر الى دليل السببية فيدخل فيه
مثل البيع والشراء الابتدائي فانه سبب اختياري ومسببه وهو
الملكية قهري فيلزم الحاقه بالارث كما هو مقتضى الالحاق مطلقا مع انه
خلاف الاجماع وان كان المراد منه ما كان اصدره بفعله انه اختياري
كالكفر والاسلام ونحوهما وان كان السبب اختياريا قهرا فعدم الالحاق
مثله بالارث مصادرة واضحة اذ بعدما يستفيد الدليل المخرج
للارث عن قاعدة نفي السبيل مناط منقح وهو خروج كل ما كان كسبب
قهري عن القاعدة كما هو مسلك الالحاق مطلقا فلا وجه لاستثناء مثل
هذا السبب القهري الذي اصدره مقدماته اختيارية وكيف كان فالذي
يلحق الذي لا محيص عنه هو عدم الالحاق مطلقا لان المعلوم المتيقن خروجه
عن تحت قاعدة نفي السبيل بالاجماع والنص انما هو الارث وخروج غيره
مشكوك فينفى عنها تحكيما للعموم لما عرفت من مقدار المخصص
فتدبر الثالث هل يجوز للكافر اصدار الايقاع على المسلم كالفسخ
والرجوع والاقالة والالتزام لا والمناط في كون الاقالة من الايقاعات

من الايقاعات نظرا الى قيامها باثنين وتوقفها على رضائهما
مدفوعة بان مرجع الاقالة تشخيصا واعتبارا رضاء الطرفين لا يوجب خروجها
عن الايقاع لان العبرة فيها بالتوقف على الايجاب والقبول وعدمه ومن
الواضح ان الاقالة لا تتوقف على القبول بل يكفي في تحققها سؤال [illegible]
المستقيل والتماسه بقوله اقلني فقال اقلتك وحيث لم تتوقف على قبول
فالايقاعات وذلك مما لا خفاء فيه اما الفسخ فكما لو باع الكافر عبدا
مسلما في بيعه او ورثه كافرا اجبر على بيعه وكان له او عليه خيار المجلس
الشرط او العيب او نحوها فهل له الخيار فسخ العقد وابطاله لرجوع
المبيع الى ملك البائع الكافر ام لا فيه وجوه بل اقوال احدها ثبوت الخيار
له وعليه مطلقا ونسب ذلك الى الاكثر وحكي التصريح به في [illegible]
وثانيها عدم الثبوت مطلقا وعزى ذلك الى الحواشي وثالثها التفصيل
في الخيار بين ما كان [illegible] قاعدة لضرر كخيار الغبن والعيب وما لم
يكن [illegible] بثبوته له وعليه فيما كان من قبيل الاول وعدمه كذلك فيما هو
من قبيل الثاني وهو المختار وقد يستدل للقائل الاول العائد وهو
الملكية التي تعود بالفسخ كالتي لم تزل او كالتي تعد تجددها الفسخ على الاول
لان الملكية الاولية قد امضاها الشارع وامر بازالتها ولا يجوز على الثاني
لان الملكية الحاصلة جديدة مغايرة للسابقة ولم يمضها الشارع
فتدخل في عموم قاعدة نفي السبيل هذا وقال شيخ مشائخنا المرتضى رضه
بعد ذكر هذا المبنى ما لفظه ولكن التحقيق ان لا وجوب لانفصال في تخصيص
نفي السبيل على المبنى انتهى وتحصل ما اورد عليه ان الحكم في المقام هو عموم
نفي السبيل [illegible] فلنا بان القائل العائد [illegible] لم يعد او كالذي لم يزل

اما على الاول فواضح واما على الثاني فلان الملكية الحاصلة بالفسخ والثابتة
قبله فردان من الملكية والفرد المعلوم خروجه عن تحت العموم وتخصيصه به
هو الملكية الثابتة قبل الفسخ سواء حصلت بسبب قهري كالارث اذ بعد
الاستدامة كان تحت تلك الملكية واما الملكية الطارية عليها من
البيع المتعقب بالفسخ فيشك في تخصيص العام بها فيعمل بالعموم لانه
الحكم عند الشك في التخصيص الزائد ومجرد تنزيل العائد منزلة الاول لا
يوجب دخولها تحت المخصص المعلوم هذا توضيح ما رامه قده واورده لكن
فيما ذكره شيء بل اشياء لانه ان اراد بالحكم العام عند الشك في كون الزائل
العائد كالخارج عن تحته اولا فلا وجه للتمسك بالعام بعد ما كان الشك
في تحقق موضوعه لوضوح انه لا نظر للعام الى موضوعه بل انما يتوجه بعد
احراز الموضوع ولا يصح احرازه بالعام اللهم الا ان يقال ان عدم جواز
التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية انما هو فيما اذا كان الموضوع من
الموضوعات الصرفة كما اذا شك في ان زيدا عالم فلا يصح التمسك با
اكرم العلماء في احراز عالمية زيد واما اذا كان الموضوع من الموضوعات
المستنبطة فللتمسك بالعام عند الشك في بقائه مجال كما اذا قال اكرم
العلماء ولا تكرم الفساق وشك في ان مرتكب الصغيرة فاسق ام لا فيمكن
التمسك بالعام في دفع هذا الشك اذ الفرد المتيقن خروجه عن تحته انما
هو مرتكب الكبائر واما مرتكب الصغائر فيشك في خروجه عنه واصالة
العموم بالنسبة اليه محكمة والمقام من قبيل الثاني لان الشك في بقاء موضوع
العام من جهة الشك في تأثير الفسخ فانه يجعل الملكية الحادثة مغايرة
للسابقة اولا فاذا كان منشأ الشك في الموضوع هو الشك في الحكم الشرعي

الشرعي فهو كالشك في التخصيص فيرجع الى عموم العام وان اراد بحكم
العام للشك في حكمه بعد احراز ان الزائل العائد كالذي لم يزل
فقضيته لا مجال للتمسك بالعام ح لانه القطع بالملكية السابقة وخصص
بها وشك في عوده بعد انقطاعه فالمرجع هو استصحاب حكم المخصص
لا عموم العام كما اختاره قده في قبال المحقق الثاني قده في بعض الخيارات
اذا شك في كونه فوريا ام لا فحكم بالتراخي لانقطاع عموم الوفاء
بالعقود في الزمان الاول وشك في ثاني الزمان في عوده فالحكم
هو استصحاب الخيار فالتمسك بالعام في المقام مناف لما اختاره في غيره
وتوهم ان الملكية قبل الفسخ وبعده فردان من الملكية فيخصص بالفرد
المتيقن وهو الذي قبله ويرجع في المشكوك الى العام مدفوع بمنع
كونهما فردين من الملكية بل طرو الفسخ وعدمه حالتان للملكية الحاصلة
له قهرا او اختيارا فاذا خصص العام بالملكية السابقة على الفسخ يشك
في بقائها فمقتضى الحكم ملازمة ثبوت الخيار وكيف كان فاستدل للمشهور
بوجهين احدهما ان استرداد العين بالخيار موضوع على القهر كالارث
فكما انه لا حكومة للاية على الارث فكذا لا حكومة لها على كل سبب قهري
فالمقتضي لجواز الفسخ وهو دليل سببيته موجود والمانع عنه وهو اية
نفي السبيل مفقود لمنع حكومته عليه وثانيهما انه اذا جاز بيعه بحكم
الشارع حيث امر ببيعه فيجوز ذلك بجميع لوازمه التي منها ثبوت الخيار
للبايع اما بالشرط او بالعيب ونحوه وكلاهما ضعيفان اما الاول فلان
استرداد العين له سبب اختياري وهو الفسخ لانه يتمكن بلا دخل
حيلولة الفاسخ وان عموم نفي السبيل حاكم على كافة الاسباب الا الاختيارية

وأما الثاني فلما ذكره شيخ مشايخنا قده وإن الخيارات ليست من
اللوازم العقلية للبيع حتى لا يكون نفي السبيل حاكماً عليها مثل إنها من
اللوازم الجعلية الشرعية فإذا كان نفي السبيل حاكماً على الأسباب فحكومته
على أدلة الشروط بطريق أولى لكنها أضعف من دليل السبيل ثم قال ره
ثم إنه يرجع إلى أصالة الملك بعد عدم زواله بالفسخ والرجوع فتأمل على تقدير التقاوم صح
انتهى وأمره بالتأمل يمكن أن يكون إشارة إلى وجوه أحدها أن الملكية
الجائزة الزائلة بالفسخ والرجوع والملكية اللازمة فردان من الملكية
فلا يجري استصحاب القدر المشترك وهو مطلق الملكية لأنه من استصحاب
مثل هذا الكلي المردد بين ما هو باق وما هو زائل لأنه من قبيل الشك في المقتضي
وثانيها أنه لا يقاوم دليل الخيار مع قاعدة نفي السبيل حتى يتساقطان
ويرجع بعده إلى استصحاب الملك بل القاعدة حاكمة ومقدمة عليه
وثالثها أن ما ذكره من تعارض القاعدة مع دليل الخيار وتساقطهما و
الرجوع إلى أصالة بقاء الملك للمشتري المستلزم لانتفاء الخيار لا يصح على
إطلاقه بل إنما يستقيم في الخيارات التي ليس مدركها قاعدة نفي الضرر
كخيار الشرط والمجلس وأما ما كان مدركها تلك القاعدة فلا مجال لدعوى
التقاوم والتعارض بينها وبين قاعدة نفي السبيل لأن قاعدة نفي الضرر حاكمة على قاعدة نفي السبيل
لحكومتها على غيرها ومقتضى ذلك التفصيل فيما بين الخيارات بثبوت الخيار
فيما هو من قبيل الثاني وعدمه فيما هو من قبيل الأول إلا أن يحكم بانتفاء الخيار
مطلقاً فإن قلت إن الحكم بثبوت الخيار فيما هو من قبيل الثاني وعدمه فيما هو
للبائع نقض لغرض الشارع حيث إن الغرض من إجبار المالك على البيع إنما
هو دفع سبيله على المسلم فإذا ثبت له خيار وجاز له الفسخ فلا يرتفع سبيله

سبيله على المسلم عنه وإن شئت قلت إن الملك الخياري بمنزلة عدم
الملك فإن العبد باق على ملك مالكه لم ينتقل عنه إلى ملك المسلم ومنتفي
السبيل الذي أمر الشارع بإزالته على حاله وقاعدة نقض الغرض
من القواعد العقلية التي لا يعارضها دليل شرعي قلت لزوم النقض
مبني على جريان قاعدة نفي السبيل في البيع الخياري وأما مع عدم الجريان
فلا يلزم النقض وللغرض إن دليل إثبات الخيار وهو قاعدة الضرر حاكم و
مقدم على قاعدة نفي السبيل فمع وجود قاعدة الضرر لا مسرح لهذه
القاعدة كي يلزم النقض ويمكن المناقشة في كل هذه الوجوه الثلاثة أما
في الأول فلأن الملكية الجائزة واللازمة ليستا فردين للملكية عند شيخ
مشايخنا المرتضى ره حيث حكي عنه إبطال ذلك في الأصول رداً على
المحقق الثاني قده واختياره لكون الجواز واللزوم من أحكام الملكية
وآثارها لا من أفرادها فلا يصح كون قده إشارة إلى هذا الوجه عنده
ره وأما في الثاني فلأن ضعف المعروض وبطلانه من التقيد وهو
التقاوم لا يستلزم ضعف التقدير والفرض وكلامه ره ناظر إلى التقدير
وإن الواضح أنه على فرض التقاوم فالمرجع هو أصالة الملك وأما
في الثالث فلمنع حكومة قاعدة الضرر على قاعدة السبيل فكما أن قاعدة
الضرر حاكمة على الأسباب والأدلة فكذلك قاعدة نفي السبيل أيضاً حاكمة عليها
فإذا كان في رفع الضرر سبيل فمقتضى لا ضرر الحكم بنفي الضرر ومقتضى
قاعدة نفي السبيل الحكم بثبوت الضرر فيتعارضان ويتساقطان ويرجع
إلى استصحاب الملك للمشتري فلا حكومة لنفي الضرر حتى يفصل بلحاظها
فيما بين الخيارات ويمكن أن يكون قوله قده فتأمل إشارة إلى وجه رابع

فهذه مع المنافاة وقد اشار اليه الشيخ قده بعد ذلك دعوى ان
تعارض الدليلين انما يوجب التساقط فيما اذا لم يمكن الجمع بينهما
واما اذا امكن الجمع فلا وجه للتساقط وعلى هذا فمقتضى الجمع بين
ادلة الخيار وقاعدة نفي السبيل الحكم بثبوت الخيار للبائع عملا بدليل
الخيار وامتناع رد العين الى المشتري عملا بقاعدة نفي السبيل حيث ان
في استرداد العين سبيلا فلا معنى للحكم بالتساقط والرجوع الى الاصل
هذا واما دليل عدم ثبوت الخيار مطلقا فحكومة قاعدة نفي السبيل على
ادلة الخيار وسيظهر ضعفه على اطلاقه فانما وجه التفصيل وفي
الخيارات التي ذكرها المصنف هو حكومة قاعدة نفي السبيل على دليلها
اذ بعد كون تلك القاعدة حاكمة على ادلة الاسباب فحكومتها على
ادلة الخيارات بطريق اولى واما الخيارات الناشئة من قاعدة الضرر
فلتعارض قاعدة نفي السبيل معه وحيث يمكن الجمع بينهما فيحكم بثبوت
الخيار للبائع وامتناع رد العين الى المشتري وفي كل مورد يثبت الخيار
من قاعدة نفي الضرر فلا فرق بين كون الخيار للمسلم او للكافر واما
ما فصله شيخنا المحقق من الحكم بثبوت الخيار للمسلم دون الكافر
فلم نعرف له وجها بعد التامل لخلو كلامه عن الوجه اذ اقدام الكافر على ضرره
الواقع لقاعدة نفي الضرر فهو ممنوع اذ ربما لا يكون عن ضلال طلب النفع
لكمال عداوته وما كسبه لكنه اوقع في الضرر من جهة الاسباب الخارجة
عن قدرته واختياره ومع هذا فكيف يصدق اقدامه على الضرر
وان كان الوجه عدم جريان قاعدة لا ضرر بالنسبة الى الكافر نظرا الى
ان مصبها مصب الامتنان وليس الكافر اهلا لذلك فهو بظاهره

بظاهره وان كان له منظر وجيه الا انه منقوض بما لو باع الكافر
داره مثلا ثم تبين الغبن في الثمن او الغبن في المعاملة فان قضيته
ما ذكر الحكم بسقوط الخيار بالنسبة اليه لعدم جريان قاعدة نفي الضرر
الذي هو مدرك الخيار في حقه مع ان الظاهر انه لم يلتزم به احد
فكيف ذلك مع عدم الفرق بين الكافر والمسلم في الاسباب الشرعية الكلية
الراجعة الى المعاملات والامور الدنيوية واما الفرق بينهما في
الامور الراجعة الى الاخرة وبالجملة فليس لهذا التفصيل دليل
قابل للتعويل هنا ثم ان العلامة قده ذكر فرعا في القواعد
وهو ان الكافر لو باع عبده المسلم ثم وجد الثوب
معيوبا جاز له رد الثمن وهل له استرداد العبد او قيمته وجهان
من ان في استرداده سبيلا منفيا ومن ان الرد بالعيب موضوع على
القهر ولا حكومة لنفي السبيل عليه لكان له سبب قهري انتهى ملخصا
وقال الشيخ شارح القواعد ومما ذكرنا ظهر ان ما ذكره العلامة قده
محل تامل انتهى والظاهر ان مراده من التامل الظاهر مما ذكره قده هو
ثبوت الخيار للكافر لا كون الرد بالعيب موضوعا على القهر كالا
كالارث اذ لم يظهر منه ما يوجب التامل في ذلك كما لا يخفى على من احاط
بجامع كلماته وجعل التامل فيه على ما ذكره هو تعارض قاعدة
نفي السبيل مع دليل الخيار ثبوتا فظاهره يرجع الى استصحاب
ملكيته للمشتري عند الغرينة على ذلك قوله قده بعد ذلك الا ان يقال
مقتضى الجمع بين ادلة الخيار ونفي السبيل ثبوت الخيار والحكم بالقيمة
فيكون نفي السبيل مانعا عن استرداد الثمن كتلف المبيع في زمن الخيار

وكالتلف الذي هو مانع عقلي وهو حسن ان لم يحصل السبب المجرد في استحقاق
الكافر للمسلم المنكشف من استحقاق بدله ولذا حكموا بسقوط الخيار فيمن
ينعتق على المشتري فتأمل الشيء ويحصل ما افاده هو ان الجمع بين
الدليلين وان اقتضى الحكم باسترداد القيمة الا ان ذلك ايضا مستلزم
لسبيل المنفي لان استحقاق البدل يكشف عن استحقاق المبدل وهو العبد
المسلم لانه مقتضى البدلية وذلك سبيل للكافر على المسلم وحيث ان استحقاق
البدل كاشف عن استحقاق المبدل حكموا بسقوط الخيار فيمن ينعتق على
المشتري وافتى الحكم بالخيار ورد استرداد القيمة الكاشف عن استحقاق عين المبيع
وهو منفي لكونه ممن ينعتق عليه هذا وفي قوله فتدبر فتامل يحتمل ان يكون
اشارة الى العقد ويحتمل ان يكون اشارة الى التعليل ويحتمل ان يكون
اشارة الى المحل اما الاول فبعد تسليم ثبوت الحكم بسقوط الخيار من الفقهاء
الخيار من الفقهاء لسبيل صدقه صحيح ووجه وجيه لعتقه عليه ولذا
خالفهم فيه شيخنا المرتضى رض في مسئلة بيع من ينعتق عليه وحكم بثبوت
الخيار واما الثاني فلمنع كون وجه سقوط استلزام الحكم بالخيار لثبوت الحق
على المبيع بل وجهه هو ما تقرر عندهم من ان الاتلاف المنافي مسقط
للخيار دون العاصي ان شراء من ينعتق عليه مع العلم بانه ممن ينعتق عليه
بمنزلة الاتلاف المسقط للخيار ولذلك فصل في سقوط الخيار فيه بين صورتي
العلم والجهل ولا يتم ذلك الا بما ذكر من ان دليل السقوط هو كون البيع
بمنزلة الاتلاف المسقط للخيار واما الثالث فلان استحقاق القيمة لا
يكشف عن استحقاق العين بل هو حكم تعبدي ثبت بالدليل في مورد لا يمكن
استرداد العين فيه ولذا حكموا فيما لو تلف المبيع في زمن الخيار ان لمن له

الملكية الخيار استرداد القيمة مع ان التالف لا يدخل تحت
الملك لانه معدوم فيكشف ذلك عن كونه حكما تعبديا صرفا لا يكشف
عن شيء سابق في المقام وزيادة فيها ارتباط تام تحل الكلام بعرض
بعضها الى الفقيه الجواد دام وكاشف الظلام ولا بأس بالتعرض لها
والتكلم فيها بحسب ما يقتضيه المقام من النقض والابرام منها انه لو اسلم
المشتري العبد المسلم فيما بين الايجاب والقبول فحكم فيه بالبطلان لشرطية
الاسلام في مشتري المسلم فلا بد من تحققه قبل العقد او مقارنا له
ولا فائدة في حصوله في اثناء السبب لان الجزء الاول صار فاقدا
للشرط وذلك نظير ما لو ارتفعت الجهالة او العوض في اثناء العقد
فكما لا يصح العقد بارتفاعها في الاثناء فكذا لا يصح البيع باسلام المشتري
في اثناء السبب ويمكن المناقشة في ذلك بان اسلام المشتري ليس من
شرائط العقد حتى يعتبر حصوله قبل تمام السبب او مقارنا له كسائر شرائط
العقد بل هو شرط لتملك المشتري نظرا الى دليل شرطيته اذ لا يستفاد
منه سوى عدم قابلية الكافر للتملك للعبد المسلم فاسلامه في الاثناء بل بعده
في اثناء السبب فلا مانع عن تأثيره لعدم كون نفس العقد فاقدا
لشرط من شروطه بل يمكن الالتزام بالصحة فيما لو اسلم بعد الايجاب
والقبول وقبل القبض حيث كان القبض شرطا للصحة لما ذكرنا فان
ذلك لا يخرج عن منافاته لعدم كفاية الاسلام قبل القبض في الحكم بصحة
العقد لانه ليس جزء للسبب بل هو شرط خارج يحقق تمام السبب
يتحقق السبب بعقد شرط القابلية والالتزام بحصوله بعد ذلك
مستلزم لتأخر المعلول عن العلة وهو محقق ما قبل القبض بالقول قياس

بعد الايجاب وقبل القبول
بركل كذا لشعر ...

مع الفارق وبالجملة فمقتضى القاعدة التي ذكرناها هنا عدم كون الاسلام
شرطا لنقل العقد وكونه شرطا لقابلية ثلث لملم الحكم بالصحة في
هذا الفرع ومنها انه لو اشترى الكافر عبدا مسلما فضولا للكافر فاسلم و
اجاز فمبنيا على الفقيهان ما المذكوران صحة العقد وفساده على كون الاجازة
ناقلة او كاشفة فعلى النقل حكما بصحته لان المعتبر في الصحة على هذا اجتماع
الشرائط حال الاجازة ولم يحصل لحقوق اسلام المشتري قبلها وحينها
فلا يصح فيها كره حال العقد وعلى الكشف حكما بفساده وقد يفرض
بعكس هذا الفرع في الفضولي وهو انه لو ارتد المشتري المسلم قبل الاجازة
فاجاز فمبنوا الصحة والفساد ايضا على الكشف والنقل بعكس المقام
فقالوا بالفساد على النقل وبالصحة على الكشف وما ذكروه متجه لا
ريب فيه ولكن يرد الاشكال على البناء الذي ذكراه في المقام اما
على الاول فلانه منقوض بالاسلام قبل القبول في الفرع ٢ بلزوم حيث
حكما فيهما بالفساد كما عرفت فاللازم عليهما الحكم بالفساد هنا
ايضا لان الاجازة بناء على النقل جزء للسبب فحالها حال القبول
والفرق بينهما بالالتزام بالفساد في الفرع الاول وبالصحة هنا على
النقل تحكم صرف واما الفرع الثاني فالصواب البناء صحة و
فساده على انه هل يعتبر في صحة العقد الفضولي وجود المجيز له فعلا
حال العقد ام يكفي فيه وجود المجيز الثاني وقد اختلفوا في ذلك في
باب الفضولي فعلى الاول يبطل لفقد المجيز الفعلي حين العقد وعلى
الثاني يصح فالحكم بالفساد على الكشف ايضا لا وجه له بل الحق ما
عرفت من ابتنائه على ما ذكرناه ومنها انه لو اسلمت ام ولد

ام ولد الكافر فهل يجبر المالك على بيعها كغيرها ام لا والكلام
هنا يقع في موضعين الاول في حكمها من حيث وجوب اجبار
المالك على بيعها وعدمه والمشهور هو الاول وحكي ذلك عن ظ كر
وعن الشهيدين في ... وجماعة واستدل له بعد الاجماع المحكي عن ظ
بوجوه الاول اطلاق ما ورد من انه يجبر على الكافر بيع المسلم في يده
والثاني ما دل على وجوب تعظيم المؤمن واعزازه حيث ان مقتضاه
وجوب البيع وتخليص المؤمن واخراجه عن تحت يد الكافر لما فيه من التعظيم
والثالث آية نفي السبيل وحكومتها على الاخبار الناهية عن بيع
امهات الاولاد كحكومتها على غيرها والتقريب المستند لان بيعها مع
ان بقاء الاستيلاد مستلزم خارج عن تحت الادلة اجماعا ان المستفاد
منها حرمة البقاء لمسلم تحت يد الكافر ولا تتم حرمة البقاء الا بوجوب ايجاد
مزيل للبقاء وله فردان احدهما العتق والاخر البيع والاول باطل بحكم
الاجماع وقاعدة نفي الضرر لان فيه ضررا وتخيير الحاكم صرح به العلامة قده
فيتعين المزيل الواجب ايجاده على الكافر في البيع ولا يعارضه الادلة
الدالة على عدم جواز بيع الام المستولدة لانها محكومة عليها دليلنا
فالحمل نظرا اما في الاول فهو مبني على الشيخ ثبوت الاجماع في محكي الخلاف
كما سيجيء واما في الثاني فلانه لم يرد اطلاق يشمل المقام حيث ان
مورد المعتوي الوارد في وجوب بيع المسلم في يده هو العبد فلا يشمل الام
والحاصل انه يتوقف على تحقق الاجماع المركب وهو ثابت في الاصل لغير
المستولدة ولذا الحقت بالعبد في الحكم بالاجماع وعدم القول بالفصل
بينهما واما المستولدة فلم يتحقق على الحاقها اجماع حيث ان المجمعين على

على وجوب بيعها فقد عدلوا عنه الى الاجماع على الخلاف كما عرفت واما في
الثالث فلانه لم يثبت دليل دال على وجوب تعظيم المؤمن واعزازه والقدر
الثابت من الدليل هو حرمة توهينه واستخفافه والفرق بين وجوب التعظيم
وحرمة التوهين في كمال الوضوح وعلى هذا فلا يمكن اثبات وجوب بيع
المسلم به اذ ليس في مجرد ابقائه تحت يده المجرد عن جميع الانحاء الاستخدام
وغيره وهن واستخفاف بالمسلم حتى يجب ازالته لحرمة توهينه وثانيا لو سلمنا
وجوب تعظيمه في الجملة فنقول ان للتعظيم مراتب مختلفة كما ان المقولة
بالتشكيك والقدر المتيقن الثابت وجوبه هو المرتبة التي يفضي تركها
الى التوهين والاستخفاف واما الزائد عن هذا القدر فلم يثبت وجوبه
وهذا المقدار لا يجدي في اثبات المراد بل لو فرض ذلك على ثبوت وجوب
جميع المراتب كي يثبت به وجوب البيع الذي هو داخل في مرتبة العليا
واما في الرابع فلمنع حكومته على الادلة الناهية عن بيع امهات الاولاد
بل الامر بالعكس سواء قلنا بان النفي الابدي بمنزلة النهي كما هو مبنى
الاستدلال بها حسبما عرفت او ابقيناه على ظاهره من النفي كما هو مبنى
حكومتها على سائر الادلة كلا ضرر ونحوه اما على الاول فلان حرمة
ابقاء المسلم تحت يد الكافر ملازم لوجوب ايجاد ما هو مزيل له فكانه
قال يجب بيع الام المملوكة تحت يد الكافر ومن الواضح ان التكاليف
الشرعية كلها مشروطة بقابلية الموضوع لتوجه الحكم اليه وتعلقه
عقلا او شرعا ولا يحرز قابلية الموضوع به بل الحكم بل انما يتوجه الحكم الى
الموضوع المحرز كما لا يخفى وبعد الاستفادة من الاخبار الناهية عن بيع امهات الاولاد
ان ام الولد غير قابلة للبيع فبعد جريانها لا يبقى مجرى للاية لما عرفت

لما عرفت من انها بالنسبة اليها حاكمة مثبتة للموضوع واما على الثاني
فلما عرفت من ان مصبها مصب الامتنان فلا تجري فيما السبيل فان الشرط
علقة الرقية ورفع السبيل عنه امتنان على المسلم ... لم يكن امتنان اصلا
كما عرفت من مثال الاقراض ونحوه او كان امتنان التخلص عن سبيل الكافر
معارضا بامتنان مثله كما في المقام حيث ان في تخلص المسلم عن سبيل
الكافر وان كان منة على المسلم الا ان في بقائه على رقيته ابقاء للكون
في معرض الحرية باحتمال موته وتقويمها على ولده وانعتاقها من نصيبه
فلو لم يكن امتنان بقائه على الرقية وصيرورته معرضا للحرية اشد
واكثر امتنانا من تخلصه عن سبيل الكافر فلا اقل من التساوي والتكافؤ
والتعارض والتساقط فينتفي عمدة نفي السبيل في المورد لانه في
الامتنان وجهته بالنسبة الى خصوص مجرى كما كان في رفع
الامتنان وح يشهد الادلة الناهية عن بيع المستولدة ويبقى سليمة
عن المعارض ثم انا لو اغمضنا عن تحكيم الاخبار الناهية عن
بيعها وبنينا على معارضتها لعمدة نفي السبيل معها فالمرجع بعد
تعارضهما وتساقطهما هو استصحاب عدم الوجوب الثابت قبل الاسلام
لان الشك في عروض ما هو مقدم على جواز الاستيلاد والاصل عدمه وان
صنف عن حجية الاستصحاب المذكور لانه من قبيل الشك في المقتضي كما
هو شأن جميع الاستصحابات الجارية في جميع الاحكام التكليفية وجودا
وعدما فالمرجع هو استصحاب الفساد الثابت قبل الاسلام بمعنى
انها لو بيعت قبل قبول الاسلام لكان بيعها فاسدا نظرا الى
الاخبار الناهية عن بيعها فيقتضي ذلك بعده ومثل هذا الاستصحاب

التعليق حجة عندنا وعند اطبة المحققين ومعارضة الاستصحاب المذكور باستصحاب الصحة فيما اذا استولدت بعد قبول الاسلام بضميمة الاجماع المركب وعدم القول بالفصل بين طرفي الكلام بعد الاستيلاد وبين العكس منعه بان المحقق عندنا في الاصول جواز خرق الاجماع المركب في العمل في كل مورد بالاصل المتبع فيه فيعمل في المقام باستصحاب الفساد فيما لو استولدت بعد الاسلام وباستصحاب الصحة هذا وفي كل شيء مما اخترناه ان المرجع بعد التعارض والتكافؤ هو عمومات صحة البيع لعدم الملازمة بين صحته ووجوبه اللهم الا ان يقال بثبوت الملازمة في المقام اذ المانع في الوجوب ليس الا احتمال الفساد فاذا بطل هذا الاحتمال لحكم العمومات ثبت الوجوب نظرا الى عدم القول بالتفكيك بينهما كما لا يخفى فان قلت بالوجوب وبما ان الامة المستولدة قبل طرو حالة الاسلام ودخولها فيها قد خرجت عن تحت العمومات جزما وبعد عروضها شك في خروجها عنها فالمرجع هو استصحاب حكم المخصص لا حكم العام لان اجراء حكم العام في المقام موقوف على ثبوت كونه بالنسبة الى الاحوال بحيث يجعل ملاحظتها الى عمومات عديدة وليس الامر كذلك كما هو مختاره في كل عام خرج عنه فرد في حالة او زمان وشك بعد زوال تلك الحالة والقضاء ذلك الزمان في الخروج فان المرجع عنده في مثل هذا هو الاستصحاب لا العموم خلافا للمحقق الثاني قدس سره فالعبد بعد ما ذكره قدس سره هنا وبين ما حققه في الاصول ودرست عليه كثيرا من مسائل الفروع فالمحصل مما ذكرناه انه على تقدير التعارض والتكافؤ يكون المرجع اصالة عدم الوجوب او اصالة الفساد كما ذهب اليه المشهور من وجوب اجباره على البيع

ويرد على الاول ان تلك العمومات لا تجري في امثال المقام وهو وجوب البيع

على البيع في الفرع مما لا باعث عليه دليل بل هو اشبه شيء بقول المولى ولا فالفهم الشيخ قدس سره في ق وذهب الى عدم وجوب البيع عليه واختاره جماعة من الجمهور نعم ذكر انه يجب عليه بيعها لاشكال الخلاف انها لا تقر تحت يد الكافر لانه علو وسبيل منفي بل توضع عند امرأة مسلمة وليس للكافر استخدامها ولا وطيها ان توضع عنده ويجب عليه النفقة فان لم يكن لها كسب هو ملتزم بنفقتها ان كسبها وهل له اجبارها على الاكتساب بما يحتاج لنفقتها بالكسب وجهان من ان الاجبار على ذلك ذلك سبيل منفي ومن ان ترك الاكتساب والاستيفاء ضرر على المالك لان تمام ما حصلها ملك له وتا عزة تضربها لكنه ومعرضة على نوع السبيل وكيف كان فتبقى الامة عند مسلمة والحال هذه الى ان يموت ولدها فيقود رقا ويجبر الكافر على بيعها لزوال المانع وهو الاستيلاد او يموت المالك مع بقاء الولد فتقوم عليه ويعطى ثمنها من نصيبه ان وفى به والا فيعطى الزائد من بيت المال او الزكاة او من كسبها ضمها ويجيء من الاقوال في كيفية وصول ثمنها عند عتقها او الانعتاق لكن هذا القول ساقط فيما لو ابطلنا الاقوال الاخر والا فهو معترضة على هذا القول لان كل ما عرضها معين لحكم الامر قبل انتظار موت الولد او المالك فلا يدوم الغرض بها ولا يدركها ومنها ما حكي عن مختلف العلامة قدس سره انها تستسعى في ثمنها فتعتق ووجهه ان اخراجها عن ملك المالك واجب على كل احد كما يرد في الخبر وملكه اما البيع او العتق والمانع في الاول هو عموم النهي عن امهات الاولاد فيتعين الثاني وحيث ان عتقها مجانا باطل بالاجماع ويجب ان لا ضرر فلا بد من وصول

ثمنها الى المالك ومن المفرد في مجلد ان كل معروف وصاية منه على المسلمين فان
احتاج الى مؤنة وانفاق فالمنفق عليه اولى به من غيره اذا تمكن من الانفاق
والمقام من هذا القبيل لان تخلص الامة عن ملك الكافر يحتاج الى انفاق دفعا
لتضرر المالك وخسارته والامر لعز دينا على الحو والا كنا باولى من
غيرها فتسعى في ثمنها فتعتق لكن يرد عليه اولا ان ظاهر هذا القول انها
تستسعى ما دام كونها مملوكة فتعتق بعد السعي ولازم ذلك وقوع كسبها
لمالكها نظرا الى ان نماء الامة مملوك لمالكها فلو احتسبت ذلك ثمنا لها
يلزم تضرر على المالك ولا تضرر وقوع العتق بها فانا التهم الا ان يوجه بان
مراده هو وجوب عتقها اولا ودفع مال عوض الى استسعائها فاذا استسعت
وادت ثمنها الى المالك استقر العتق ويؤيده قوله فتعتق اي يستقر العتق لكن
فيه ان العتق من الايقاعات وهو لا تقبل التعليق ولا يصح وقوعها من اعلى شيء
احر كما قرر في محله وثانيا ان هذا القول لا يصح على اطلاقه اذ ربما لا يكون
سعيها وافيا فيلزم تضرر على المالك بسبب انتظار الناقص وقد يوفي ولكنه
يتوقف على مضي مدة طويلة فيتضرر المالك به نعم لو فرض وفاء كسبها بثمنها
وعدم توقفه على طول الزمان فلا باس بهذا القول لو قدم العتق على الاستسعاء
ولكنه نادر جدا فهي زيادة توضح لك عدم الترجيح ومنها
ما عن الفرقة فانه يصار من وجوب دفع القيمة من الزكوة او من بيت المال
ومع عدمهما يجب عتقها ويرد عليه ان الحكم بوجوب العتق مع فقد الزكوة
وبيت المال انما هو للحكم قاعدة نفي السبيل على قاعدة نفي الضرر واذا بني
على حكومتها عليها فلا فرق في وجوب العتق بين وجود الزكوة او بيت المال
وعدمهما فالترتيب والتفصيل بينهما لا وجه له مضافا الى انه لا وجه لوجوب

لوجوب دفع الثمن من الزكوة اذ مجرد كونه في الرقاب من احد مصارف
الزكوة لا يوجب تعيينه على المالك ووجوب دفعها لذلك ومنها
ما حكي عن ثاني المحققين من وجوب دفع القيمة من الزكوة او بيت المال
ومع عدمهما يجب البيع وفيه ان الحكم بوجوب البيع انما يتم على انحصار المخرج به
وكونه حاكما على الادلة الناهية عن بيع ام الولد وقد عرفت ضعف
المبنى لعدم انحصار المخرج فيه لحصول التخلص بالعتق ايضا
بل هو مقتضى الجمع بين قاعدة نفي السبيل وادلة ام الولد وهو تعين
العتق مضافا الى ما عرفت من ان قاعدة نفي السبيل لو اقتضت البيع
حسبما بني عليه لو كانت حاكمة على ادلة ام الولد فلا يتفاوت الحال
في الحكومة بين وجود الزكوة وبيت المال وعدمهما ومنها
ما اختاره صاحب الجواهر من احتمال فكها على وجه تكون به حرة مع
وصول ثمنها الى مولاها جامعا بين الحقوق فاجمع وفيه انه من الاجمال
اجاله لا نفهم له معنى اذ لم نعلم ان المراد من فكها على وجه تكون به حرة انه
هل هو من بيت المال او الزكوة او من سعيها فلا يعدو ان يرجع الى احد
الوجوه المتقدمة وقد عرفت ضعف الجميع هكذا افاد الاستاذ دام ظله
ويحتمل ان يكون المراد فكها بعنوان المكاتبة وقد مر شرحه فالاستاد
والذي يقوى في نظر القاصر هو انه يجب عتقها اولا لوجوب تخليصها
عن ملك الكافر على كل تقدير هو اما بالبيع او بالعتق والمانع عن الاول
هو عموم الادلة الناهية عن بيع المستولدة لما عرفت من حكومتها
على ادلة نفي السبيل فيتعين الثاني وحيث ثبت بطلان العتق المجاني
لاستلزامه تضرر المنفق يجب على الامة السعي في ثمنها الى من له كل معروف

يجب انفاقه على المسلمين كفاية الخ واما امتنع عن السعي وا
الكسب اجبرها الحاكم عليه واذا لم يف سعيها بثمن رقبتها او توقف
على زمان طويل يتضرر المالك بالصبر عليه او امتنع عن السعي
ولم يكن حاكم يجبرها عليه فهل وجوب دفع قيمتها من بيت المال او على
المسلمين كفاية وجهان من ان بيت المال اعد لمصالح المسلمين وتخليص
المسلمة من يد الكافر منها ومن وجود المنفق وهو كل واحد من المسلمين الذين
يجب عليهم العتق كفاية ولذا لو توقف ازالة النجاسة عن المسجد
على بذل مال يجب على المسلمين بذله لحصول الازالة المامور بها ولم ينقل
اصل لوجوب البذل عن بيت المال والثالث هو الاقوى مضافا الى انه
يرد على الاول اشكالان احدهما ان امر الامام ع ببيع من اسلم
تحت يد الكافر على المسلمين وعدم رضاه بصبره الى سعي الثمن يكشف عن
ان المصير الى بيت المال انما اذا لم يكن منفق وهو واجد لحفظ الامر في
الدفع منه والمفروض هنا عدم الانحصار لوجود المنفق لثمنها
وهو من وجب عليه عتقها فلا يجوز الاخذ من بيت المال لانه صرف
ما لا مصرف له كما يستفاد من رواية العلوي وثانيهما ان بيت المال اعد
لمصالح المسلمين وهي المصلحة الراجعة الى عامة منهم كما يظهر ذلك من ملاحظة
المصارف المذكورة واما المصلحة الراجعة الى شخص خاص كما في ما
نحن فيه فالمصلحة راجعة الى الامة خاصة فلعل من مصارف بيت المال
ان يدفع ثمنها منه لانه لم يعد مثل ذلك وكيف كان فاذا امكن ذلك
كله يتعين اختياره ولا شبهة في وجوب نكاحها عن يد الكافر واذا لم
يده عنها ووجوب انفاقها عليه وعدم جواز وطيها واستخدامها

لتخصيص

الرواية المعروفة

بالطوب ... التعبير

واستخدامها له ووجوب اصطبارها الى ان يموت ولدها
او مولاها ومنها ان العلامة ره قد استشكل في تحقق عدم
اجبار الكافر على بيع الطفل الذي اسلم ابوه الحر او العبد لغير مالكه
وذكر السيد العميد ره في منشأ الاشكال هو الاشكال في عموم تبعية
الولد للوالد فيجبر على البيع لاسلام والده كما يجبر على بيع الوالد
ويجبر على بيع الولد ايضا لحكم التبعية من انقطاع ولاية الاب لكون
الطفل مملوكا للكافر فلا اتباع وذكر صاحب الجواهر ره تبعا
لجامع المقاصد ان منشأ الاشكال هو الاشكال في عموم التبعية
بحيث يجري في عموم الاجبار ايضا كما يجري في الطهارة والنجاسة
واورد في مع صد على تفسيره ره العبد لغير مالكه بان ظاهره
اختصاص الاشكال بما اذا كان العبد لغير مالك الطفل واما اذا
كان عبدا لمالكه فلا اشكال في وجوب بيعه مع ان الاشكال المذكور
مطرد جار فيهما معا فلذا وجه تفسيره المذكور ولكن يمكن توجيهه بحيث
لا يتوجه الاشكال المذكور عليه وهو ان العبد اذا كان لغير مالك
الطفل مع احتمال التبعية يمكن انقطاع ولاية لان الطفل
ملك لمالكه وولاية المالكية ظاهرة مع ولاية الابوة فاحتمال انقطاع
ولاية الاب لكونه ملكا لغير مالك الطفل مع احتمال التبعية صار
منشأ الاشكال بخلاف ما اذا كان الاب والطفل عبدا لمالك فانه
لا وجه لانقطاع ولايته عنه ح اذ لا تضادها ولاية الاب بعد
كان المالك مسلطا عليه وولايته على الطفل مع ولاية الاب ولاية
المالك صفتا ضدان فلا في طول ولاية العبد المملوك لمالك

الطفل وقضية عموم التعليل وجوب بيعه فالتفصيل المذكور في محله
هذا لو سبي المسلم ولده ثم ارتد وفي الجواهر انه يقهر على بيعه لصيرورته
مسلما بحكم السابي ولا يرتد ذا الا للشرط وجب اجباره على بيع المسلم
الواقع تحت يده انتهى ولكن الصواب هو تفصيل الحكم بما لو ارتد عن ملة
لعدم تصور فرض الاجبار في المرتد الفطري لان الارتداد الفطري
بمنزلة الموت فيخرج ماله عن ملكه فان كان له وارث مسلم ورثه والا
فيرثه الامام عليه السلام وعلى التقديرين لا يبقى في ملكه حتى يقهر على بيعه
وانما يتم الحكم في المرتد الملي حيث لا يخرج المبيع عن ملكه فيقهر على بيعه
ولعل اطلاق كلامه منزل على هذا الفرض هذا تمام الكلام
في الاحكام التي تتعلق بالعبد المسلم ويلحق به المصحف فلا يجوز
نقله الى الكافر وهو المحكي عن الشيخ والاسكافي والمصنف في باب
الجهاد والعلامة في جميع كتبه وجمهور من تاخر عنه بل لم يحك مخالف
صريحا في ذلك نعم يستفاد مما حكي عن المحقق الاردبيلي الميل
الى عدم الجواز وجود المخالف فيه وقد يفصل بين ما لو كان غرض الكافر
من شرائه التوقير والاحترام او التوهين والاستخفاف بالجواز
على الاول وعدمه على الثاني واستند لعدم الجواز مطلقا بعد
ظهور الاجماع بوجوه غير منتهية الثالثة الاول ما دل على وجوب تعظيم
القران فان تمليكه للكافر ينافي التعظيم الواجب الثاني ما دل على حرمة
توهينه فانه يحصل بمجرد تمليكه للكافر والثالث فحوى ما دل على
عدم جواز بيع العبد المسلم منه فانه اذا لم يجز بيعه منه ولو كان فاسقا
وجامعا لجميع القبائح الشرعية فعدم جواز بيع القران الذي هو ابد

اهانة للاسلام وعماد له بطريق اولى وان ورد على الاول بانه
وجه اعتباري لا يخفى اذ لا ملازمة بين ترك التعظيم الواجب وبين
الفساد الشرعي وعلى الثاني بان النهي انما تعلق بامر خارج عن المعاملة
وهو توهين القران واستخفافه فلا يقتضي الفساد نظير البيع في موارد
الاعانة على الاثم كبيع العنب او الخل لمن يعمله خمرا وعلى الثالث بمنع
الاولوية لان عدم جواز بيع العبد المسلم انما هو لاستلزام البيع ثبوت
السبيل للكافر عليه من الاستخدام ونحوه وهو ذل وسبيل وذلك
منتف في المصحف اذ لا يترتب على تملكه سبيل على المسلمين ويمكن
التفصي عن الجميع اما عن الاول فلانه لو ثبت وجوب تعظيم القران
كما هو كذلك حسبما اشرنا اليه من ان ترك التعظيم الذي يؤدي
تركها الى توهين القران واهانته حرام فهو دليل على الفساد ليس من قبيل
الاستحسان لان ترك الواجب الحاصل بتمليكه حرام والنهي يقتضي الفساد
واما عن الثاني فلانه لا يمنع الحكم بالفساد عليه حسبما اخترناه في محله
بطلان البيع في موارد الاعانة لانطباق عنوان الاعانة بنفس
المعاملة وثانيا بابتناء الفرق بين المقامين لوضوح ان التوهين
المحرم والاستخفاف المنهي عنه ليس شيئا مباينا للتمليك ومخالفا
عنه بل لا يحصل ذلك العنوان المحرم الا بالتمليك فهو عينه حقيقة
وتعبيرا في عدم اقتضاء النهي المتعلق بالامر الخارج لفساد المعاملة
كون ذلك الامر الخارج مباينا مع المعاملة غاية الامر انه قد يحصل
به المعاملة نظير البيع في وقت النداء للوجوب لفوات الجمعة فلا اشكال
في انتفاء مثل ذلك النهي المتعلق بجوهر المعاملة حقيقة

الفساد واما عن الثالث فلانه مبنى على توقف صدق السبيل على
ترتب الاثار وعدم صدقه على مجرد الملكية وهذا الخلاف مذاق الاصحاب
بل بنائهم على ان مجرد تملك الكافر للعبد المسلم سبيل عليه ولذا لم يقل احد بصحة
شراء الكافر للعبد المسلم واجارته على البيع مع ان مقتضيه ما ذكر من
توقف صدق السبيل على ترتب اثار الملكية الحكم بصحة الشراء لعدم المانع
عن الصحة المجرده عن ترتب الاثار فاذا كان نفس تملك الكافر للمسلم
باطلا لكونه سبيلا وعلوا فيحكم للقران الذى هو على دال الاسلام
اولى بالفساد وبالجملة لا مجال للمنع الاولوية على مذاق الفقها بعد
ثبوت كون مجرد دخول المسلم فى ملك الكافر وان تجرد عن الاثار تذليلا
له عندهم كما هو كذلك ولا جل ذلك يأبى العقلاء عن نفس الوثنية لما فيها
من المذلة والانكسار وان لا تعوان ما تعوان المقامات العالية
والمراتب المتعالية وح فيبطل التفصيل المتقدم لان اختلاف اغراض
المشترى لا ينفع بعد كون نفس دخوله فى ملك الكافر مجرد عن
الاثار تذليلا للقران اذ كلما يعرض له من التعظيم والتكريم لا يجبر
ذلك التوهين الحاصل بتمليكه اياه هذا ويمكن الاستدلال بعدم
الجواز بقوله عم الاسلام يعلو ولا يعلى عليه حيث يدل على عدم جواز
العلو على الاسلام ولا ريب ان العلو على المصحف الحاصل من شراء
الكافر له علو على الاسلام فلا يجوز وان كانت الوجوه المتقدم
المستدل بها عليه محل المناقشة فالرواية خالية عن جميع المناقشات
وفيه الكفاية فى اثبات الحرمة ولكن هذا كله فى تملكه ابتداء وهل
يلحق به الاضطرار والاستدامة وجهان بل قولان اولهما مختار

اعلم ان حكم ذلك
غير محكمة
ليحقق بيان
حال الواجب
الى ضابطه
بعنب اداما
نود رتوداما
سقط منها
ونحوها نحو
فتدبر

اولهما مختار كاشف الغطاء منه فى شرح عده والثانى مختار
تلميذه الفاضل الجوادة والدليل على الاول ما دل على عدم تملك
الكافر له الشامل للابتداء والاستدامة والاختيار والاضطرار
وعدم وجود المخرج من اجماع وغيره كما ثبت فى العبد المسلم ودليل الثانى
منع العموم واختصاص ما دل على عدم الجواز بالنقل الابتدائى
واما وجوب التعظيم وحرمة التوهين فلا يشمل الاضطرار والاستدامة
لان موضوع الحكم التكليفى هو الفعل الاختيارى كالبيع مثلا
فلا يتعلق الوجوب والحرمة بمثل الارث الذى هو سبيل قهرى وبمثل
بقاء الملك الذى ليس من الافعال واما النبوى فهو مختص بالابتدائى
لاختصاص دليل المنع فى العبد المسلم بصورة الابتداء فيثبت المنع فى
المصحف بالنبوى دون الاستدامة لكن يرد عليه ما عرفت من عدم اختصاص
دليل عدم جواز تملك الكافر للمصحف بما ذكر بل الدليل المعول عليه هو
قوله عم الاسلام يعلو الخ ولا فرق فى العلو المنفى او المنهى بين كونه
ابتدائيا او غيره ولا بين كونه اختياريا او غيره ومقتضاه عدم
تملك الكافر للمصحف ولو بالارث بل يخرج عن ملكه بمجرد تبادده لان
بقائه فى ملكه داخل فى العلو المنفى او المنهى بين كونه ابتدائيا او غيره
ومقتضاه عدم تملك الكافر للمصحف ولو بالارث بل يخرج عن ملكه
بمجرد تبادده لان بقائه فى ملكه داخل فى العلو المنهى ولكن قد
يناقش فيه بمعارضته مع حديث لا ضرر حيث ان اخراجه عن ملكه
بمجرد الارتداد ضرر عليه منفى والنسبة بينهما عموم من وجه كما لا يخفى
فيتعارضان ولا مرجح لاحدهما من الشهرة ونحوها فيتساقطان

والمرجع عند ذلك هو استصحاب ملكية المالك وقضية بقائه في ملكه
بعد ارتداده ثم يفصل بين الاضطراري والاستمراري باللحوق في الاول
لخلو قوله عم الاسلام يعلو اه عن المعارض لعدم جريان لا ضرر فيما نسبه
اليه كما لا يخفى وبعدمه في الثاني لما عرفت من شواهده على القول بعدم
اللحوق مطلقا او في خصوص الاستدامة كما قويناه فهل يجري على بيعه كما
في العبد المسلم ام لا وجهان من اختصاص دليل الاجبار بالعبد الغير
الجاري في المقام فتدبر وقد استثني من عدم جواز بيع المصحف من الكافر
موارد نظير ما استثني من موارد العبد المسلم منها ما لو كان المشتري
مرتدا فطريا وجوزنا معاملته وكان له وارث مسلم يجوز ذلك ح لشرائه
لخروجه عن ملكه بمجرد الشراء نظير بيع العبد المسلم على من ينعتق عليه وثانيهما
ما لو اقر بالوقف على المسلمين ادا الملك له يجوز شراؤه لانه شرع في نفسه
لحسب اقراره بنفع نفسها او ملكا للمسلمين نظرا الى اقراره بالحرية في العبد المسلم
لكن يمكن المناقشة في هذا فان صحته ثمة لما مر بحكم عمومات صحة البيع
لعدم جريان المخصص وهو قاعدة نفي السبيل بعد كون مضمونها مصب الامتنان
بان قوله عم الاسلام يعلو مخصص للعمومات القاضية بصحة مثل هذا البيع
وليس مضمونها مصب الامتنان لعدم كون المصحف اهلا له مضافا الى
انه لا امتنان فيه ادخاله في ملك الكافر وان خرج عن يده واستقر في يد
المسلم لانه كان في يد المسلم قبل بيعه واستقراره في يد مسلم آخر بعد الشراء
لا يفيد شيئا وان ابيت عن ذلك وقلنا ان مضمونه ايضا الامتنان
الامتنان المتصور هنا هو الامتنان على اهل الاسلام وذلك انما
هو في وضع المعاملة المذكورة لدخول الثمن في كيس البائع مع استقرار

مع استقرار المصحف في يد المسلم الصالح الا في دفعها فظهر ان دليل
البطلان كما يجري في العبد المسلم بل له ادلة اخرى كوجوب تعظيم القران
وحرمة توهينه بخلاف العبد المسلم وبتلك الوجوه جاز دفع في المقام
تخصيص عمومات الصحة وبذلك يفترق عن العبد المسلم الذي اقر
المشتري بحريته ومنها ما لو شرط كونه وقفا على المسلمين حيث حكموا
بصحة بيعه منه وفيه ان الصحة بهذا الشرط انما تتم على تقدير تجويز
شرط النتيجة وهي الوقف كما في شرط العتق واما مع عدم التجويز
لذلك كما هو كذلك لقيام الاجماع على اعتبار الالفاظ الخاصة
الوقف وعدم حصوله بكل شئ فلا وجه للصحة بعد كون نفس تمليكه
للكافر توهينا للقران واستعلاء للكافر عليه وتعقبه بايجاد سبب
الوقف لا يخرجه عن التوهين المحرم فمقتضى القاعدة الحكم ببطلان البيع
هذا تمام الكلام في حكم المصحف واما موضوعه فلا ريب ولا
خفاء في ان المصحف هو الكلام المعجز المنزل على النبي صلعم بالخط
المتعارف المتداول في زمانه وان نقله الائمة صلى الله عليه وعليهم اجمعين
فلا اشكال في حرمة بيعه وشرائه من الكافر وهل يلحق به اللغة
العربية غيرها من اللغات المترجمة لها والفارسي والتركي ونحوهما
وبالخط الوحي والكوفي مثلا سائر الخطوط من النسخ والنستعليق
والثلث والرقم والعكس والبصم وفرج البياض نعم يترتب الاحكام
المذكورة عليها ام لا وجهان والتحقيق في ذلك ان للقران مضامين
وهي المعاني الموجودة قبل وجود الالفاظ التي اخذت في حدوثها
نزولها والفاظا كاشفة عن تلك المضامين وخطوطا كاشفة

عن تلك المصاحف وخطوطها كما تشعر به تلك الالفاظ ولا ريب في
ان وجوب احترام الالفاظ وهو لزوم الاحترام للخطوط
فهو حرمة المس والبيع ونحوهما انما هو لصفة كشفها عن المصاحف المحترمة
وح فان كان وصف كشف الالفاظ عن المعاني والخطوط عن الالفاظ
علة لوجوب الاحترام فيتعدى من اللفظ العربي الى كل لفظ كاشف
عن المعنى ومن الخط المتعارف الاول الى كل خط كاشف نظير
التعدي في منصوص العلة كقوله الخمر حرام لانه مسكر بناء على تعديته
الى كل مورد يتحقق فيه العلة اعني الاسكار وان كان حكمة فلا يتعدى
كما لا يتعدى في المثال المذكور لاحتمال ان يكون لعنوان الخمر مدخل
في الحكم اذ بناء على كونه حكمة يتطرق احتمال ان يكون للفظ خاص في الحكم
فلا يتعدى عن اللفظ العربي الى سائر الالفاظ ومن الخط المتعارف
الى سائر الخطوط لاحتمال خصوصية فيهما والظاهر حيث البناء
الاجماع على عدم التفصيل بين الخطوط المختلفة بانفسها كالنسخ و
الكوفي والرقم وامثالها في الحكم بحرمة المس مثلا في بعضها دون الاخر
ان كان وصف الكاشفية في الخطوط علة للحكم لا حكمة واما
كون وصف الكاشفية في الالفاظ علة بحيث يتعدى الحكم منها
الى ترجمة القرآن بلغات اخر غير العربية ففيه تامل وان كان لا فرق
بين الكاشفين في الحكمة والعلية الا انه في صعوبة فرع
لو غصب المسلم قرطاسا للكافر وصار محا وكتب مسلم آخر عليه آية القران
فهل يخرج بذلك عن ملك الكافر ام لا وجوه بل اقوال تفصيل يخرج به
بذلك عن ملك الكافر لوجوب الاحترام للمسلم المصحف ولم يتعرض هنا

هذا القائل بدخوله في ملك الغاصب او غيره بناء على بقائه او
امتناع وجود المال بلا مالك ولا لاستقرار الضمان على
الغاصب او الكاتب فكانه احالها على القواعد اما الاول فيحتمل وجوها
احدها دخوله في ملك من يغرم له وذلك مبني على جريان قوله الخراج
بالضمان في تقابل عين الضمان كجريانه في النماء اي والمنافع والاولاد
وثانيها دخوله في ملك الغارم لان الغرامة انما هو بسبب المنع المنافي
للملكية بسبب احترام صفة في المقام فلا ملازمة بين الغرامة وبين
ملكية الغارم وثالثها دخوله في ملك المسلمين كافة وذلك لان دخوله
في ملك شخص خاص دون الاخر ترجيح بلا مرجح فلا بد من الحكم بدخوله في ملك الصنف او
النوع لانه بوصف النوع بمنزلة شخص واحد ورابعها دخوله في ملك
الامام ع لانه ولي النوع والامور التي لا يمكن اضافتها الى اشخاص
المسلمين بل صنفه الى ولي الجنس ورب النوع وهو الامام ع وهذا اقرب الى
الاعتبار ويحتمل ايضا عدم دخوله في ملك احد بل يكون من المباحات
التي ليست مملوكة لاحد والوجوه الثلثة المتقدمة مبنية على فرض بقائها
على الملكية فلا بد من تعيين المالك لاستحالة بقاء الملك بدونه واما
بناء على كونه نظير الخمر فالحال حال المباحات واما الثاني فيتوقف تصادق
اجتماع سببي الضمان مباشرة اولا فالمباشر اقوى من السبب
على المباشر الا اذا كان ضعيفا لصغر او جهل او اكراه ولا يتم ذلك
استقرار الضمان على الكاتب مع علمه بكونها غصبا وعدم كونه
مكرها وقيل بردها الى المالك بعد محو الخطوط وتصور هذا القول
لا يخ عن جفاء لان محو الصورة على القول بجوازه وان كان فيه اشكال

فهو مما ان كان بفعل المداد وما بحكمه فرع تلف المداد واما ان يحصل في
مع ذلك رد القرطاس والمداد الى المالك اللهم الا ان يكون المحو
بادخال المداد في خلال الكلمات والحروف بحيث لا يقرأ القرآن بعده
وح فان تفاوتت قيمة القرطاس بالمحو المذكور تعلق بالغاصب ارش
القيمة والا فليس عليه شيء ويحتمل بانه لا يرد عين القرطاس الى المالك
بل يرد بالنسبة اليه بدل الحيلولة واما المداد فهو بحكم التالف فيضمنه
نظير الخيط المغصوب الذي خيط به الثوب حيث حكموا برد القيمة
لكونه بمنزلة التالف فالمداد اقوى من الخيط كما لا يخفى وهو الاقوى
لان مصحوبية القرآن في غاية الاشكال لما يؤدي الى الكتابة في الاحترام
اللازم ولا دليل ايضا على خروجها عن ملك المالك ولازم ذلك كله
بقاء القرطاس على ملك المالك وانتقاله لبدل الحيلولة واما المداد
فلكونه بمنزلة التالف بعوضه الغرامة لا يقال لازم اداء الغاصب بدل
حيلولة العين عدم جواز تصرفه فيه كسائر الموارد التي يلزم على الغاصب
اداء بدل الحيلولة فيها لبقاء العين فيها على ملك المالك مع ان
الامر في المقام ليس كذلك وهذا يكشف عن خروجها عن ملك المالك وح
فلا وجه لوجوب بدل الحيلولة لانا نقول عدم جواز تصرف الغاصب
في العين في موارد وجوب بدل الحيلولة انما هو لا متناعه عقلا او
عادة تعذر الوصول اليه كما هو شرط في اداء ذلك البدل واما
اذا امكن الوصول اليه كما في المقام حيث لا مانع من رده الى المالك
فيه شرعي لا عقلي ولا عادي فيمنع عدم جواز تصرفه في العين لما مر من
منع حرمة التصرف في مال الغير الا اذا كان ظلما واضرارا على المالك فهو

وهو مفقود في المقام لفرض وصول مالية العين اليه والموجود
انما هو السلب الجزئي المالية ومثله لا مانع عن تصرف الغاصب فيه
شامل صح او ما ذكرنا ليظهر الحال ويتضح المثال فيما لو كان الغاصب
هو الكاتب للقرآن فلاحظ وتدبر هذا تمام الكلام والله الهادي
الى سبيل السلام

مسئلة في شروط العوضين

قال المحقق قده في الشرائع ويشترط ان يكون المبيع مملوكا الخ وظاهره
اشتراط المملوكية الفعلية وصرح العلامة قده في القواعد باشتراط
صلاحيته للتملك واجمل الشهيد في اللمعة حيث قال يشترط ان
يكون المبيع مما يملك وهذه العبارة صالحة لان يراد بها المملوكية الفعلية
الثانية فترجع الى مقالة العلامة ره حيث قال يشترط ان يكون
المبيع مما يملك وقد عدل شيخ مشايخنا المرتضى ره الى عبارة اخرى حيث
قال ويشترط في كل منهما ان يكون متمولا ولعل وجه العدول الفرار عن
المحاذير الواردة على عبارتي الفاضلين فيهما كما ستشير اليها وقبل
الخوض في ذلك ينبغي التنبيه على النسبة بين المملوكية الفعلية والصلاحية
للتملك لما فيه من الفوائد فنقول ان لوحظا بالقياس الى البايع
فالنسبة بينهما هو التباين لان الفعلية والشانية لا يجتمعان بالنسبة
الى شخص واحد وان لوحظ صلاحيته للتملك بالنسبة الى القابل بمعنى
قابليته للتملك والمملوكية بالنسبة الى البايع فالنسبة بينهما عموم
مطلق اذ كل صالح للتمليك فهو مملوك للبايع اذ لا بيع الا في ملك
وليس كل مملوك للبايع صالح للتمليك كما في الاوقاف الخاصة و
الامة المستولدة واشباههما فانها مملوكة بالفعل وغير قابلة

المملوكية الفعلية فيكون راجعا الى ما ذكره المحقق وصالحة لان يراد بها المملوكية ح

للتمليك واورد على منطوق عبارة المحقق قده بانه قد يكون الشي مملوكا
ولا يصح بيعه كحبة حنطة فانها مملوكة قطعا ولذا يحرم غصبها
اجماعا ولا يجوز بيعها لعدم كونها مما يبذل بازائها المال ويمكن
دفعه بعدم استلزام الشرطية ثبوت المشروط بثبوت الشرط حتى ينتقض
بما ذكر بل لا نضر انتفاؤه بانتفائه فيستفاد منه ان كل ما ليس
بمملوك لا يصح بيعه لا ان كل مملوك يصح بيعه حتى ينتقض بالمذكور
وبعبارة اخرى فرق بين الشرط والعلة والثاني يقتضي دوران
الحكم وجودا وعدما مدار العلة بخلاف الاول اذ لا يقتضي الا انتفاء
الحكم بانتفاء الشرط ولا نظر له الى ثبوته بثبوت الشرط ولا الحلاف
في كلامه ايضا بان كل مملوك يجوز بيعه فحبة الحنطة وان كانت مملوكة
الا ان بيعها فاسد لفقدان شرط آخر فان قلت فاللازم ح ذكرها
في جملة العوض لانه في مقام بيان الشروط مع انه لا تعرض في كلامه لشروطه
بسائرها ولا حفا بما يخرج مثلها قلنا الوجه في عدم تعرضه لما يخرجها اما
احالته على ما تقدم منه في المكاسب المحرمة حيث ذكر فيها ان يكون المبيع مما
فيه منفعة فيخرج مثلها او تركه ثقة بوضوح الحال فيها او لعدم لزوم الاحاطة في حقه
استيفاء جميع الشروط واحكام البيع عليه واورد على مفهوم كلامه وهو انتفاء
الصحة بانتفاء المملوكية كما هو لازم الشرطية بانتقاضه بالموصوف
في الذمة فانه ليس مملوكا لان الملكية من صفات الاعيان الخارجية وما في
الذمة ليس له وجود خارجي مع انه يصح بيعه وصلحه وفيه ان وجود
كل شي بحسبه وللموصوف في الذمة ايضا نوع وجود وبه يصح ترتب الآثار
المنقول عليه فان قلت وجودها في الذمة وجود ذهني والملكية من

عوارض الاشياء الموجودة في الخارج فلا يصح اتصاف
الموجود الذهني بالملكية التي هي من عوارض الاشياء الموجودة في
الخارج قلت لا يصح اتصاف الموجود الذهني بالملكية التي هي من عوارض
الموجود الخارجي لكن لو بنينا على المداقة العقلية لا كما ذكرت
وعدم كونها في الذمة ملكا واما اذا بنينا على المسامحة العرفية كما هو
الشأن في جميع موضوعات الاحكام الشرعية فالموصوف مملوك عرفا
وبمنزلة الموجود عندهم وقد امضى الشارع ملكيته بترتيب آثارها عليه
فيرتفع الايراد هذا واورد في الجواهر على ما ذكره العلامة قده من
اشتراط صلاحية التملك بوجوه اربعة الاول انه تفريع عدم وقوع
العقد على حبة الحنطة على الشرط المذكور يكشف عن عدم كونها
مملوكة بل عدم صلاحيتها للتملك وليس الامر كذلك بل هي مملوكة
ودعوى انه مالك للصبرة لا لكل حبة حبة يدفعها ان ملك الكل
يستلزم ملك الاجزاء عقلا ويستحيل الانفكاك عنه لا انه عبارة
والاجزاء وليس ذلك من الموارد التي يتعلق الحكم بالمجموع من حيث
المجموع كقوله جلد العشرة حيث لا يسري الى الافراد لان لصفة
المجموع موضوعية بل انما هو من قبيل باب العموم واكلت الخبز
حيث ان الكل فيه طريق الى الاجزاء فلا وجه لسريان الحكم الى الاجزاء
فلا ينفك ح ملكية الكل عن ملكية الاجزاء ولو سلم عدم كونها مملوكة
فلا اقل من صلاحيتها للتملك بانضمامها مع غيرها وعدم كونها
صالحة للتملك قبل الحيازة لا يستلزم نفي صلاحيتها له على الاطلاق
كما هو ظاهر التفريع والثاني انه منقوض بالمباحات قبل الحيازة

فانها صالحة للتملك بالحيازة مع انه لا يجوز بيعها وعدم صلاحيتها
قبل الحيازة للملك لا يستلزم عدم صلاحيتها له حكما والثالث انه لزم اشتراط
الصلاحية اشتراط عدم الملك الفعلي لان الشانية والفعلية من قبيل
المتباينين لا يجتمعان في محل واحد فاشتراط احد المتباينين يستلزم
اشتراط عدم الآخر فلزم بطلان بيع جميع المملوكات الفعلية بعدم صلاحيتها
للملك وفساده واضح والرابع جواز بيع ملك الغير لانه صالح لان يملكه
البايع بعد هو كما ترى هذا ملخص ما اورده على اشتراط الصلاحية
ثم اجاب عن الكل اما عن الاول فلان المراد بصلاحية التملك صلاحيته له
عن سبب المعاوضة وحبة الحنطة يخرج صالحة للتملك على هذا الوجه بمعنى انها
لا يقع بازائها شيء يكون عوضا عنها واما عن الثاني فلان المراد
بالصلاحية هو القوة القريبة من الفعل وصلاحية المباحات للملك
انما هي بالقوة البعيدة وهي الحيازة واما عن الثالث فلان المملوك
الفعلي صالح للملك بالعوض وصلاحيته للملك بالعارض لا ينافي مع
تحقق الملكية او صلاحية ان يتملكها بالفعل فلا يرد النقض بالا
بالمملوك واما عن الرابع فلان المتبادر من الصلاحية هو الصلاحية
الحاصلة بعد الملك لا قبله فلا ينتقض ببيع ملك الغير وفي جميع ما ذكره
من الاجوبة نظر كما اشار اليه اجمالا بقوله الا ان الجميع كما ترى لما في الاول
فلان تقييد الصلاحية في كلامه بكونها بسبب المعاوضة لا دليل عليه بل
الصلاحية المذكورة في كلامه مطلقة وظاهر الحلي في شرطيتها
لنفس المبيع سواء تعاوض بها ام لا لا شرطيتها في المعاوضة وتحقق كونه
في مقام بيان شروط العوضين قرينة على تقييد كلامه المطلق

المطلق بالتعاوض لاحتمال ان يكون المذكور شرطا بعنوانه الاولي
وهو نفس المبيع او الثمن لا بعنوانه الثانوي وهو العوض لكن الانصاف
ان ظهور العنوان بملاحظة الاجماع على ان حبة حنطة مملوكة فاحش
بتقييد الصلاحية المذكورة في كلامه بوجه المعاوضة وبذلك يرتفع
النقض المذكور في كلامه ولا محيص عنه الا بذلك التقييد واما في الثاني
فما ذكره في عبارته من الحيازة والزكاة حيث قال ان المراد
بالصلاحية له على طريق نقل الملك بالقوة القريبة من الفعل مع ان
الكلام في تملك البايع لا في نقله ان الاحالة الى القرب والبعد احالة
الى امر مجهول اذ لا ضابط لهما فقد يقال تملك المباحات بالحيازة ايضا
تملك بالقوة القريبة واما في الثالث فلانه ان لاحظ كليهما اي
الصلاحية والفعلية بالنسبة الى البايع فقد عرفت انه يستحيل اجتماعهما في
محل واحد لكونهما متباينين فكيف يعقل اتصاف المملوك الفعلي
للبايع بالصلاحية لتملك له ولو بالعارض وان هو الا مناقضة
واضحة وان لاحظ الصلاحية بالنسبة الى المشتري والفعلية بالنسبة الى
البايع فذلك وان كان دافعا للمنافاة اذ كل مملوك فعلي للمالك
صالح لتملك الغير منه بالعارض اي بسبب الاسباب الا انه خروج عن
مفروض الايراد وطرحه واضح في الجواب حينئذ وورود النقض المذكور
عليه مبني على ملاحظتها بالنسبة الى البايع واما ملاحظة كل منهما
في مورد وراء الاخر فاجنبي عن محل المورد كما لا يخفى ومثله لا ينبغي
صدوره عن مثله واما في الرابع فلمنع كون المتبادر من صلاحية التملك
هو الصلاحية بعد الملك ويمكن الجواب عن الحل بوجوه اخر عدي الاول

لما عرفت من انحصار الجواب عنه بما ذكره من الشقين بعد الثاني اولا
بانه لا استبعاد من اشتراط صلاحية جنس المملوك جهة بيع كل ما له صلاحية
للتملك بل لا تلازم الشرطية استيفاء الجهة باستيفاء الصلاحية جنس لا ثبوتها
بثبوتها فبطلان مثل المباحات لصالحية التملك بما هو لعقد شرط
احدهما دعوى انه يصح ذلك بما يخرج به المباحات عن عموم كونه
في مقام استيفاء جميع الشروط وعدم التزامه بذلك وثانيا ان
صلاحية التملك ان لوحظ بالنسبة الى البايع فالمباحات قبل الحيازة
غير صالحة للتملك وبعدها تخرج عن عنوان المباحات وتدخل في المملوك
وان لوحظت بالقياس الى المشتري فلا يستقيم بالمباحات لعدم صلاحيتها
لتملك المشتري ابدا كما لا يخفى وعن الثالث فلما عرفت من بيان النسبة بين
الصلاحية جنس والمملوكية الفعلية من ان الاول اخص من الثاني اذا لوحظ بالنسبة
الى المشتري كما هو ظاهر الشرط لان صلاحية جنس تملك المشتري يستلزم الملكية
الفعلية للبايع ولما صنا بني حتى يستلزم اشتراط الصلاحية جنس اشتراط
عدم الملكية الفعلية وعن الرابع فلخروج مثل الغير عن شروط المتعاقدين
اذ يعتبر في البايع ان يكون مالكا فبطلان بيع ملك الغير انما هو لفقد
شرط البايع لا لفقد شرط من شروط العوضين ومما ذكرنا ظهر ان
ما ذكره يتجه مشابها لما هو التحقيق من اشتراط كون كل من العوضين متمولا
اجود من غيره بلا منع من النقوض الواردة على الفاضلين منهما ولتوضيح
الكلام فيما ذكره مرة في مقامين احدهما في بيان موضوع المال الذي حكمه
دنا نيها في حكم ما ليس بمال الا ... ولا خفاء في ان كل ما له منفعة
محللة دائمية فهو مال يجوز نقله واشغاله كما لا خفاء في ان ما ليس له

ليس له منفعة اصلا على تقدير تحققه ليس بمال وانما الكلام في شيء له
منفعة في زمان دون زمان ومكان دون مكان او حال دون حال
فهل هو مال يصح نقله ام لا والتحقيق في ذلك انه ان
كان للشيء منفعة غالبية معتد بها في زمان او مكان او حال فهو مال
ويجوز نقله بالقدر الوصول عليه منفعته ولو في غير زمان ظهور المنفعة
وفي غير ذلك المكان والحال ونعني بالمنفعة الغالبية المعتد بها ان يضاف
الشيء بمنفعة او كونه في عرضها بحيث يشتغل به غالب الناس ... في
المال على ذي المنفعة الغالبية المعتد بها لانقضاء ... كما لا يخفى
على المراجع اليهم واما جواز بيعه مثلا فلارتفاع المانع بظهور المنفعة
في بعض من الزمان وفي بلدة من البلدان وفي حال من الاحوال اذ المانع
انما هو لسفاهة وكون اكل المال اكلا بالباطل والواضح ان اتصاف
الشيء بالمنفعة الغالبية يرفع السفاهة في بعض في غير زمان اتصافه بها
وفي غير ذلك البلد ما كان ... اكل المال ربا فانه اكلا بالباطل وخاصة لفنا
وخصوص اختلاف البلدان كما شرف العلامة ره في الشرح حيث قال
لو حصل الاختلاف في البلدان والا فاليم اعطى كل حكمه فانه صريح في
انه اذا اتصف شيء بمنفعة في بلد دون اخر يختص البيع بالمتصف فيه
بالمنفعة ولا يجوز في الاخر لها وقد عرفت انه اذا كان الاتصاف بها
في بلد اتصافا غالبيا فيكفي ذلك في رفع المانع في البلاد الاخر وان
فقدت المنفعة فيها اذ العبرة في الجواز بصدق المال وعدم استلزام
بيعه للعبث والسفه ولذا حكموا ببطلان بيع الحشرات كالخنافس و
الديدان اذ ليس لها منفعة معتد بها غالبا وان فرض لها منفعة معتد

بها عا لبا دار فرض لها منفعة فى حال دون حال او مكان دون مكان فهى نادرة لا يلحق بها الماليه ولا يرتفع بها العبث والسفاهة عن بيعها كما لا يخفى وبما ذكرناه يظهر ان ما اورده فى الجواهر على الحكم المذكور بقوله قلت ان تم الاجماع على ذلك والا امكن المناقشة فيها فى حال وجود المنفعة المعتد بها فان دليل الجارة وعمومات العقود عموما او خصوصا شاملة لها وانه لا سفه فى ذلك انتهى موضع الحاجة وانت خبير بان الحكم ببطلان بيعها انما هو لعدم الانتفاع بها منفعة غالبية لولا الاجماع ولو قام الاجماع على البطلان انما هو على طبق القواعد العامة القاضية بالبطلان ولو فرض لها منفعة فى حالة خاصة فغير موجبة لبيعها لعدم كونها غالبية قطعا ولا عبرة بالمنفعة النادرة فى حال وجودها فضلا عن غيرها ولو شك فى كفايتها فى الجواز فلا ينفع عمومات العقود عموما وخصوصا كما سيجئ ان شاء الله تعالى نعم يستشهد على الجواز بيع ما له منفعة فى حال خاصة بكلام الاستاد قدس سره فى شرح حيث قال ولذا قال فى شرح الاستاد ان المنع كذلك مبنى على لزوم السفه والعبث وعدم الحكمة الباعثة على شرع العقود لا لشمولها خبر تحف العقول وغيره على حصول الشك فى الدخول تحت ادلة العقود عموما وخصوصا دار المنع عليها فتى ان تعلق الحاجة حتى زال المانع عادة لا بالنسبة الى خصوص السفاهة ارتفع المانع ولو خص المانع فى الجواز انتهى موضع الحاجة وانت خبير بان كلام الاستاد قدس سره شاهد على ما ذكرناه من ان العبرة فى الصحة وزوال المانع بالمنفعة العادية لقوله ره حتى زال المانع عادة لا بالنسبة الى خصوص

الى خصوص السفاهة لان ذيل كلامه يشهد على الخلاف فى ما ذكره من جواز بيع ما فيه منفعة خاصة لحالة دون اخرى وان كانت نادرة خاصة باشخاص خاصة اللهم الا ان يكون الظاهر من كلامه منزلا على ما ذكرناه من ان العبرة بمنفعة غالبية فى حال من الحالات ومن ثم يقع الخلاف فيما نحن بصدده لاجل ذلك فى شبهة الحشرات فى حال وجود المنفعة المعتد بها لها باعتبار وجود القرد والدود فوجه ان التشبيه بها فاض بان العبرة بالمنفعة الغالبية كما هى ثابتة فى تلك المذكورات الا انه مع ذلك تخالف من جهة اخرى حيث انه حصر جواز بيعها بحالة وجود المنفعة لها وحمل كلام المانع على بيعها فى حال عدم وجود المنفعة وقد ذكرنا ان العبرة بمنفعة غالبية بحيث يوجب عليها تشاغل الناس فى حال او زمان او مكان من دون مانع عن جواز بيعه فى غير تلك الحالة والزمان والمكان لوجود المقتضى وهو العمومات بعد صرف الادلة وعدم المانع وهو السفاهة والعبثية واما ماله منفعة نادرة وهى المختصة بالسفاهة او باشخاص مخصوصة فهل يجوز بيعها ام لا قيل بالجواز لفقد المانع حيث ان المانع انما هو السفاهة والعبثية وهو بعد فرض وجود منفعة فى المبيع لخصوص السفاهة من فقد التحقق ان يقال انه ان كان منشا الفساد هو فقد مقتضى الصحة لان الشك لم يكن له منفعة غالبية يكون ماليته مشكوكة ومع الشك فيها لا تجرى عمومات صحة البيع اما قوله احل الله البيع فلان الشك فى صدق البيع لانه عبارة عن مبادلة مال بمال والمفروض حصول الشك فى ماليته واما قوله نعم تجارة عن تراض فلان الشك فى صدق التجارة بعد كونها عبارة عن التكسب بالمال لا مطلق التكسب واما الروى

في التحف من ان كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فكل
ذلك حلال بيعه الخ فلان الظاهر ان الصلاح هو الصلاح النوعي فلا
يشمل مثل المفروض نعم لو قلنا بتعميم الصلاح بالنسبة الى الاشخاص امكن
استفادة الصحة منه لكن عمدة ما يستدل به لصحة البيع هو العمومات التي
لا تجري هاهنا واما اوفوا بالعقود فلا ينفع في الحكم بصحة البيع بعد
حصول الشك في تحقق موضوع العام لما تقرر في محله من ان عموم العام
لا ينفع في احراز الموضوع المشكوك ومن هنا يظهر ان التفصيل في العقود
بين البيع وغيره بعدم جواز الاول لفقد مقتضي صحته وبجواز الثاني لو
تصور عقد غير البيع كالوصية بناء على عدم اشتراطها بالمالية او
الهبة الغير المعوضة او الصلح بناء على كونه عقدا مستقلا لعموم اوفوا
بالعقود ولذا فصل العلامة قده في التذكرة بين الوصية والبيع فحكم
بجواز الوصية بمثل الفيل والاسد ونحوهما من المسوخات والمؤذيات ومنع
عن بيعها وليس مدرك الجواز في الوصية الا العموم المذكور والحاصل ان ما لم
يثبت ماليته فلا يجوز بيعه سواء كان اكل المال في مقابله اكلا له بالـ
باطل عرفا ام لا وسواء ورد نص او قام اجماع على عدم جواز بيعه ام لا
فلا فائدة في نقل ما تخالف المشايخ حيث حكم البعض بالبطلان بالادلة وحكم بعض بالصحة
في الاخير استنادا الى عمومات صحة البيع وخصوص رواية تحف العقول
وقد ظهر مما ذكرناه انه لا وجه للتمسك بها في اثبات صحة بيع ما شك في
ماليته كما ظهر منه ايضا حكم المنفعة اليسيرة كما اذا فرض الانتفاع
بالسبر والنظر ونحوهما من المنافع المغايرة عند العقلاء لفقد مقتضي [الخارجة]
الصحة وشمولها مضافا الى عدم خلو بيع ماله منفعة يسيرة عن السفه

عن السفاهة المانعة عن الصحة كما لا يخفى على من راجع فيها الى العقلاء
هذا وقد فصل بعض الفقهاء في بيع ماله منفعة نادرة بين بيعه
بقصد تلك المنفعة وبين بيعه لا بقصدها فحكم بالجواز في الاول
دون الثاني ولا يخفى ان هذا التفصيل انما يتم فيما اذا كان مدرك
فساد البيع هو وجود المانع واما على ما حققناه من ان المدرك هو فقد
المقتضي فلا وجه له لان قصد المنفعة لا يغير شيئا ازيد من تحققها فاذا
لم ينفع تحققها في الجواز للشك في المالية من جهة ندرة المنفعة وعدم
تأثير قصدها فيه المقام الثاني في حكم ما لا مالية له و
هو على اقسام لان عدم مالية الشيء تارة يستند الى قلته لم يعتبر فيه بالملك
كحبة الحنطة ونحوها من الحقير واخرى الى خساسته كالخنافس والديدان
وفي حكمها الفضلات والمال العرفي المسلوب بالتلف وثالثة الى المنع الشرعي
كالميتة ونحوها اما الاول فيقع الكلام تارة في ملكيته واخرى
في غصبيته وثالثة في ضمانه مع الاتلاف فاما الاول فمقتضى الاصل
اي الاستصحاب بقاؤه على ملكية المالك وقد ادعي الاجماع عليه ايضا
الا ان الملكية المجردة لما كانت مما لا يترتب على ثبوتها ثمرة مهمة ولا يفيد
اثرا زائدا على حق الاختصاص فلا يهمنا التعرض لها اثباتا ونفيا و
مثلها مما لا يفيد علما وعملا مما لا مدخل للاجماع ولا ينفع الاستصحاب ونحوه
والقدر المتيقن الثابت بالاستصحاب ونحوه ان المالك مع الخروج عن المالية له
الاختصاص به وذلك مما لا خفاء فيه واما الثاني فقد ادعي الاجماع
على حرمة غصبه وقد يناقش فيه بانه اذا لم يكن له مالية فلا دليل على حرمة
غصبه بعد ما لم يكن فيه ظلم وعدوان ووجود الملكية لا يوجب حرمة الغصب بل

بل العرف بحصول عنوان الظلم وهو مفقود فيه مع ثبوت الظلم على
المتلفين بل يكون في تحفظه فوت غرض المالك ومن الواضح تعلق الاغراض
الشخصية من المالك بالعين وهذه الاغراض تفوت بالغصب فيكون
ذلك ظلما وعدوانا فيحرم غصبه كيف ولو لم يحرم غصب مثل الحنطة
لزم جواز غصب صبرة منها تدريجا مع انه لا يلتزم به احد واما
الثالث ففيه وضمان بل قولان من عموم على اليد ما اخذت حتى
تؤديه حيث انها نزلت الامثال منزلة الاتلاف في مثله وسؤال
غيره ومن ان مناط الضمان تدارك الضرر وجبران الخسارة وفي المفروض
انه لا يتوجه على المالك باتلافه خسارة وضرر لفرض ماليته وهو خيرة
العلامة قده في تذكره والتحقيق ان مدرك الضمان هو على اليد ومناطه
تدارك الضرر فان قلنا بكونه حكمة للضمان في موارد الاتلاف والمنجر
هو الضمان كما هو المشهور وان قلنا بانه علة فالمنجر العدم كما عن تذكره
واما الثاني فيقع الكلام في تملكه بالحيازة وفيه وجوه احتمالات
ثالثها التفصيل بين ما لو كان في حيازته غرض عقلائي فيجب ولا بعد
فعله ومثله وبين ما لم يكن فيه غرض عقلائي اصلا وكانت حيازته
لغوا محضا [illegible] بالتملك في الاول بالحيازة وعدمه في الثاني اما الاول
فلعموم قوله من حاز شيئا فهو له او ملكه ان شمل الحيازة التي لا تنبغي
الفعل العقلائي فيكون [illegible] بالملك لخبر الخطبة الملغاة في الملك واما الثاني
فلا [illegible] المالية في الحيازة وان دليل الحيازة كادلة البيع مختصة بما فيه
المالية ولذلك ادرج في الجواهر بادلة البيع فلا يشمله الا ما فيه المالية واما
التفصيل فلوجه فيه نظرا في دليل الحيازة الى ما فيه غرض عقلائي اذ هل

اذ هل ما ينفق خسارة وما فيه نفوض من الاغراض العقلائية شيئا بل لا
ينفق اصلا كما لا يخفى فلا دليل على نافذ الحيازة فيما ليس فيه غرض
عقلائي في تملك الاشياء الخسيسة على ما اجاز الاباحة لكل احد
مضافا الى سقوط العوض في نظر الشارع بقوله نعم والله نهيهم عن التعوض عن
موضوع وغيرها مثل ذلك واما الثالث فهو ثبوت حق
الاختصاص للمالك فيجب يجوز له منع الغير عن التصرف وعدمه وجهان
من ان المالك المبتنى مثلا يثبت بها الملك بالحق فله حق الاختصاص
ومن انه ممنوع شرعا التصرف فيه لا يقع ضرر بالمنع الشرعي والملكية
السابقة المنتهية بالحيوة لا تنفع في اثبات حق للمالك بعد الموت
هذا ثم انهم فرعوا على اشتراط المملوكية في العوضين عدم
جواز بيع الاراضي المفتوحة عنوة منهم المحقق قده في حيث فرع
على هذا الشرط عدم جواز بيع اشياء منها الارض المفتوحة عنوة
وظاهره بل صريحه عدم كون تلك الاراضي ملكا لاحد وهو مخالف
لصريح كلمات الاصحاب بانها ملك للمسلمين والقول بانها وان كانت
ملكا الا انها ليست على حد سائر الاملاك لا يدفع الايراد لرجوعه
الى انتفاء شرط اخر من شرائط البيع وهو كونه طلقا لا انتفاء اصل
الملك اللهم الا ان يقال ان الشرط هو كون المبيع ملكا لشخص البائع وهو
مفقود فيها لكونها ملكا للنوع لا للشخص او يقال بهذا فسمل الخبر
كالاوقاف العامة على احد الوجهين ليست ملكا لاحد بل هي ملك
للمالك الحقيقي والمراد بكونها ملكا للمسلمين كون انتفاعها ومنافعها
ملكا لهم لا رقبتها وكيف كان فيقع الكلام في الاراضي التي فتحت عنوة

باذن الامام ع مع كونها مجانا حال الفتح في مقامات ثلث احدها في جواز
بيعها وعدمه وثانيها في كيفية جواز التصرفات فيها والانتفاع منها و
ثالثها فيما يتفرع عليها اما المقام الاول فقد اختلفوا فيه على اقوال اربعة
احدها عدم جواز بيعها وهو المشهور بل المحكي عليه الاجماع وثانيها الجواز
وهو المحكي عن الكفاية ومفتاح الكرامة وثالثها جوازه تبعا للآثار
هذا المجمل وجوها ثلثة على كل منها فالاول ثبوت حق الاختصاص
والاولوية للمشتري بسبب شرائه الآثار وينحصر حال المشتري حال البائع في
ذلك والثانية جواز تصرفه في الارض من غير حاجة الى اذن حاكم الامام
وهذا هو الذي اختاره شيخنا المرتضى رض والثالث اشتراء رقبة
الارض فيثبت بهم الملك المحدود وحده تبعا للآثار فتزول بزوالها وتنسب تلك الى
الشهيد ره في الحواشي كما اخذه عن [illegible] الدائم وهو ظاهر الفاضلين وثالثها
ذهب اليه المراغي ره الثالث في [illegible] شراء رقبة الارض فيثبت معه
حيث قال انه ليس بعادم النظر ونظيره الوقف لان ملكية كل طبقة محدودة بحياتهم
وانت خبير بان القايل المذكور ليس في محله ويجيء بيانه عن قريب ومنه اقوال
خمسة وسادسها التفصيل بين حالي الحضور والغيبة بالجواز في الثاني دون
الاول وهو مختار الشهيد ره والمحقق الثاني ره على ما حكي عنهما وسابعها عكس
ذلك وهو المستفاد من كاشف الظلام ره حيث جعل مختاره ضد مختار
الشهيد ره والظاهر ان مراده من الضد هو العكس اذ لا معنى لما سواه اذا عرفت
الاقوال فلا بد من التعرض لدليل كل منها على سبيل التفصيل وتقوية ما قيل
او يمكن ان يقال في مقام الاستدلال للقول الاول وجوه اولها الاصل القاضي
بالفساد في المعاملات بعد منع العمومات والثاني الاجماع المحكي فوق كونه

عن وكونه وقفها الثالث القاعدة وهي تقرر بوجوه احدها
ان تلك الاراضي لما كانت قبل التحرير كالاوقاف العامة على احد الوجهين
فيها كما يظهر من بعض الاصحاب حيث قال انها تخرج بالفتح عنوة عن ملك
الكفار وتدخل في ملك الواحد القهار وان كان في هذا التعبير ما فيه
واصحه انها ملك للمسلمين اجمع وهذا ايضا اما على سبيل ثبوت الملك
للجنس والنوع دون الاشخاص كالزكوة والخمس واما على سبيل ثبوته للافراد
على نحو الاشتراك كالاوقاف الخاصة وعلى جميع التقادير يمنع بيعها
باطلها فانه للقواعد المقررة في البيع اما على الاول فلانتفاء صفة
الملكية اساسا واما على الثاني فلان ملك النوع مما لا يجري فيه الاختصاص
الاقتصار منافعها في مصارفهم وما صحة البيع فلا واما على
الثالث فلعدم كونها ملكا طلقا لتعلق حق ساير المسلمين عليها المانع
عن بيعها كتعلق حق البطون اللاحقة في الوقف المانع عن صحة البيع و
كيف كان فالمحافظة على قواعد البيع تقتضي بطلان بيعها وثانيها
ان صحة بيعها موقوفة على كون التصرف فيها باذن الامام ع مالكا لها
بسبب تغيير الامام ع حصته فيما يعينه له كما في الخمس والزكوة اذ لا بيع الا
في ملك ومن المعلوم ان كونه مالكا لها كذلك لا يجتمع مع ضرب الخراج على
المتصرف اذ لا معنى لضربه مع كون الارض ملكا للمتصرف فضرب الخراج
كاشف عن كونه ملكا للمسلمين او كونه كالمحجر فان الملك متصرف مالكا
له فيبطل بيعها حينئذ وثالثها ان صحة البيع منافية لما علم شرعا من
اشتراط المعلومية في العوضين لان حق التصرف مجهول لغير معلوم فكيف
بيبع حصته فيها ورابعها منافاتها لاشتراط القدرة على التسليم

في البيع لا شفاعتها في المقام بالنسبة الى مفادها هو المنصرف الرابع
الاخبار وهي مستفيضة بل متواترة وقضايا بها في المشتمل الى
ما يقرب من ثلاثين وقد ذكر شيخ مشايخنا قده في المكاسب منه وهي تنقسم على
اربعة في المقام وان كان بعضها اقوى دلالة منها احدها خبر
ابو بردة الذي سئل عن ارض الخراج فقال عليه السلام من يبيعها وهي
ارض المسلمين قلت يبيعها الذي هي في يده قال عم يصنع بخراج المسلمين
ماذا ثم قال عم لا بأس ان يشتري حقه منها ويحول حق المسلمين عليه ولعله يكون
اقوى عليها واملى بخراجهم منه وتقريب الاستدلال به ان يقال قوله عم
من يبيعها استفهام انكاري لا حقيقي وان فهم منه الراوي الثاني ذلك
اجاب على طبق ما فهمه فمقتضى الانكار عدم جواز البيع والاستفهام
الانكاري وان كان خلاف الاصل الا انه يصار اليه بقرينة وهو قوله
من يبيعها وهي ارض المسلمين فانها بمنزلة جواب الطويلة فالعم ليس لمن
في يده من الارض بيعها الا ما هو اكثر الى ان قال ولا الارض التي
اخذت بخيل وركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها الخ فانها اما انشاء
او اخبار ودلالته على الاول لما ظهر ان المعنى انه يجب كونها موقوفة فلا يجوز
بيعها واما على الثاني فلانه يكشف بالالتزام اما عن كونها محجرا او عن تعلق
حق جميع المسلمين عليها وعلى كلا التقديرين لا يصح بيعها اما على الاول من
فلا شفاء للتحجير واما على الثاني فلا شفاء لطلقيته ثالثها صحيحة
الحلبي قال سئل ابو عبد الله عم عن السواد ما منزلته فقال عم هو لجميع
المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد
فقلت اشتريه من الدهاقين قال عم لا يصلح الا ان تشتريها منهم على

منهم على ان تصيرها ملكا للمسلمين فان شاء ولي الامر ان يأخذها اخذها
اخذها قلت فان اخذها منه قال عم يرد عليه راس ماله وله ما اكل
من غلتها بما عمل وموضع الاستدلال الانكار هو الفقرة الاولى ان
فالتقريب مثل ما مر كونها انشاء او اخبارا وان كان هو قوله عم
لا يصلح ما لا ارتباط مع قطع النظر عن الاستثناء فافهم ورابعها
رواية ابي الشريح قال سألت ابا عبد الله عم عن شراء الارض من ارض
الخراج فكرهه فقال انما هي ارض الخراج للمسلمين فقالوا له فانه يشتريها
الرجل وعليه خراجها فقال عم لا بأس الا ان يستحيي من عيب ذلك وتقريب
الدلالة اما لدلالته بكراهة على الفساد او لدلالته انما ارض الخراج
للمسلمين خامسها رواية اسمعيل بن الفضل الهاشمي وفيها سألته
عن رجل اشترى ارضا من ارض الخراج فبنى فيها او لم يبن الا ان اناسا
من اهل الذمة نزلوها له ان يأخذ اجرة البيوت اذا ادوا جزية
رؤوسهم قال عم يشارطهم فما اخذه بعد الشرط فهو حلال اخذها
ودلالتها على المنع ممكن بل هو على عكس المطلوب ادل لان الامام عم
قرره على ما ذكره من شراء الارض غاية الامر ان الراوي زعم ان اداء
الجزية يوجب سقوط اجرة الارض او ما نزلها فاجابه عم بعدم
السقوط ودلالتها مع الشروط فهو موقوف لبيان حكم اجرة لا الحكم البيع
والشراء ولذا لم يستدل به احد فهو المانعين بل استدل شيخ الاواخر
في الجواهر للقول بالجواز لما عرفت من انصافه التقرير والامضاء للشراء
وسادسها خبر ابي الربيع لا تشتر من السواد شيئا الا من كانت له ذمة
فانما هو للمسلمين ودلالته على المنع واضحة لكونه بلا حط التعليل

هذه جملة مما استدل او استدل به على عدم جواز بيع تلك الاراضي
دفيه جواب عن الاصل بحكومة العمومات والاطلاقات عليه وعن الاجماع
بعدم قيامه على المنع لا نقلا ولا تحصيلا وانما ادعى على كونها ملكا
للمسلمين وهو على فرض تسليمه لا يجدي بعد تصريح جماعة من الجمع بالخلاف و
ذهابهم الى الجواز اما مطلقا او في زمان الغيبة واما الاخبار ففي صراحة
عن الدلالة او معارضة بمثلها كما ستعرفها وتحت القواعد العامة وهي
ليست الا قواعد كلية صالحة للتخصيص فيعدل عنها بدليل نظرا الى ما اشتهر
وانه ما من عام الا وقد خص فالمهم في المقام هو التكلم في الاخبار
المذكورة حيث استدل ببعضها للقول بالجواز فنقول اما الخبر
الاول فقد استدل به كل من المانعين والمجوزين اما الاولون فاستدلوا
بالفقرة الاولى نظرا الى ان الاستفهام انكاري يدل على المنع صريحا
اما الاخرون فقد استدلوا بالفقرة الثانية وهي قوله عم لا بأس ان يشتري حقه
منها وح فيقع التعارض بين الفقرتين ونقرب الاستدلال بالفقرة
الثانية ان قوله عم حقه يحتمل وجوها ثلثة احدها ان يكون المراد
منه الاثار الموضوعة في الارض كالبناء والغرس ونحوها فيتعلق الشراء
على هذا التقدير على حقيقته وعلى هذا فلا تعارض بين الفقرتين
وثانيها ان يكون المراد منه حق الاختصاص الثابت للمتصرف
باعتبار تقبله الخراج فلا بد من التصرف في لفظ الشراء بحمله على الصلح
لعدم صلاحية الحق للشراء الحقيقي وثالثها ان يكون المراد منه حصته حقه
من الارض ولا سبيل للمصير الى الاحتمال الاول لان الرواية
مسوقة لبيان حكم شراء الارض لا الاثار فحمل الحق على الاثار بعيد

جدا واما الثاني فلما فيه من مخالفة لظاهر لفظ الشراء لما عرفت من لزوم
حمله على الصلح ح لعدم صلاحية الحق للشراء الحقيقي وثالثها ان يكون المراد
فيتعين الثالث بقرينة لفظ الشراء فان ظهور الظاهر يرفع الاجمال
عن المجمل وعليه فيدل الخبر على جواز بيع الارض المذكورة وشرائها للمتصرف
وبه يرفع اليد عن القواعد المقتضية للمنع وفيه انه خارج عن محل البحث
اذ الكلام في جواز شراء تمام الارض التي تقبلها وتصرف فيها لا مقدار
حصته منها الذي يكون مشاعا لا مضافا اليه لانه لا معنى لبيع مقدار حصته
منها الا ان الحق الثابت فيها للمسلمين ايضا يحتمل وجوها الاول ان يكون
المراد منه حق الانتفاع كالحق الثابت للمستعير في العين المستعارة و
الثاني ان يكون المراد منه حق الانتفاع مع المنفعة كحق المستأجر في العين المستأجرة
والثالث هو الملك المتعلق برقبة العين كحق الموقوف عليه المتعلق بالعين
الموقوفة ولا ريب في عدم قابلية الاولين بل الثالث ايضا للبيع لان
الثابت له من العين ليس الا كالجزء الذي لا يتجزى فكيف يقبل البيع الا ان يقال
ان المبيع في قوله ليس هو نفس العين ورقبة الملك بل انما هو الحق الثابت
له المتعلق بها وعدم جواز بيعه ليس عقليا ولا عرفيا بل انما هو شرعي بل
له فلا عز وفيه لو قام عليه الدليل هذا واما الخبر الثاني فدلالته على
المنع واضحة بل هو المعول في المقام لما عرفت من انه مضمونه مع القواعد
العامة بقاء التي هي العمدة في عدم جواز البيع سواء حمل على الاثار
او على الاخبار وكذلك صحيح الحلبي مضافا الى قوله عم لا يصلح لانه في المقام
يدل على الحرمة ولو فرض دلالته على الكراهة لا يعارض الاستثناء الواقع بعده لانه مجمل
غير معلوم المراد اذ لا معنى لتحصيل شراء الارض على ان يصيرها للمسلمين

مع انه لا وجه لاحتياج الاحكام عم ان شاء الله لو كان مراده حقيقة الشراء
فقد مر فی مسئلة بل هو ایضا يؤيد القول بالمنع لدلالته علی انه
فعل موكول الی الامام عم فان شاء اجاز وان شاء رد واما ما ذكره
المشتری فتامل وتنظره فی اجازة الدليل بعناية ابی شريح فی نفی صدرها
مؤكدا للقواعد واما خبر اسماعيل بن الفضيل فقد عرفت عدم دلالته
علی المنع واصرح من الجميع فی الدلالة علی المنع خبر ابی الربيع لا تشتر من
السواد شيئا الا من كانت له ذمة فانما هو فیء للمسلمين لان ارض السواد
مشتملة علی كلمة اقسام الارض المفتوحة عنوة وارض الصلح وحكمهما واحد
وهو عدم الجواز وارض اهل الذمة وهی ملك لهم حقيقة فاذا استثنی
الاخير وحكم بعدم جواز الشراء بقی الاولان بحكم المستثنی منه وقوله عم فانما هی
للمسلمين علة للمستثنی منه لا للمستثنی وههنا خبر [illegible] ابن اسد ايضا
ایضا علی المنع وهو خبر محمد بن مسلم عن ابی جعفر عم قال سالته [illegible] وزيادة
عن ابی عبد الله عم انهم سالوه عن شراء ارض الدهاقين من ارض الجزية
فقال عم انه اذا كان ذلك اشتريت منك فتؤدی عنها ما عليها
والجزية لكنه مبنی علی ان يكون المراد ارض الجزية المفتوحة عنوة او ارض
الصلح وهو خلاف الظاهر لان ارض الجزية عبارة عما هو ملك لاهل الذمة
نعم فيه قبول الجزية وح يشكل الامر فيه لا وجه لاشتراء ارض الجزية من
المشتری اذ لا مانع من بيعها وشرائها اللهم الا ان يحمل النهی علی الاستحباب
[illegible] عم اشتری [illegible] علی ان المراد بارض الجزية ارض الخراج ولا
باس به بل قد صرح السيد [illegible] العاملی وكاشف الظلام فنقلا علی ما
حكی عنهما بان ارض الجزية اصطلاح فی ارض الصلح هذا واما

واما القول بجواز بيعها تبعا للآثار فلا دليل له فی الاخبار
الا خبر ابی بردة وهو قوله عم لا باس ان يشتری حقه منها ويحول حق
المسلمين عليه [illegible] يظهر ان شراء حقه من الارض يوجب دخول رقبة الارض
فی البيع تبعا وفيه ان الحق المذكور فی الخبر يحتمل وجوها لا يلائم شیء
منها القول المذكور احدها ان يكون المراد منه نفس الآثار وعليه فلا ربط
له بهذا القول لان المفروض انه لا يجوز بيع الارض بل يجوز بيع الآثار
وحدها وثانيها ان يكون المراد منه حق الاختصاص الثابت
للمتصرف فيها وعليه فلا بد من التصرف فی الشراء بحمله علی الصلح ونحوه وهذا
ايضا اجنبی عن التبعية المقصودة وثالثها ان يكون المراد منه الحق
الثابت للمتصرف علی نحو الاشاعة كسائر المسلمين لان الارض حق لهم
جميعا علی سبيل الاشاعة وفيه اولا انه علی فرض ثبوته لا مساس له
بالتبعية بل الحق الشائع يكون مبيعا علی وجه الاستقلال وثانيا
ان بيع هذا الحق مخالف للقواعد العامة منها انه ليس بملك ومنها
انه مجهول ومنها انه غير مقدور التسليم فان قلت انها من القواعد
الشرعية القابلة للتخصيص فنخصصها بادلة الشروط قلنا اولا انه مبنی
علی كون الحق الشائع الثابت للمسلمين فی الارض حق الملك وهو غير
معلوم لاحتمال كونه من قبيل حق الانتفاع كالعارية او حق المنفعة
كالاجارة وح نقول بعدم جواز بيعه عطفا شرعيا وثانيا لو سلمنا ذلك
لا نسلم جواز بيعه لغير المتقبل ايضا لثبوت هذا الحق لكل واحد
من المسلمين ولو لم يتقبل من الامام واللازم باطل اجماعا فان قلت
انه يقبل التخصيص قبل المتقبل [illegible] اجماعا [illegible] فيبعده [illegible]

برفع الحجر فلا مانع من بيعه بعد تخصيص العموم قلنا ان
التقبيل من الامام لا يرفع الحجر لعدم كونه دليلا على جواز البيع
بل غايته الاجارة لانه دليل على جواز الانتفاع فاذا كان جواز
البيع مبنيا على تخصيص العموم فلا يتفاوت الحال فيه بين قبل
التخصيص وبعده وهو باطل اللهم الا ان يجعل الفارق بينهما النص
فانه مخصص بالمتقبل مضافا الى انه يلزم من جواز بيع حق الشايع
من الارض امران يخالفان للاجماع احدهما لزوم اجتماع الحقين
للمشتري الاول ما كان ثابتا له بنفسه قبل الشراء والثاني ما انتقل
اليه بالشراء وثانيهما انه يلزم منه سقوط حق البايع بخلو ما في حقه
من نظيره مثله فلا يجوز له نقصه منها وكلاهما فاسدان كما لا يخفى
ويرد على هذا الجواب مضافا الى ما ذكر انه خارج عن محل البحث لان الكلام
في جواز بيع نفس الارض او القطعة المعينة منها التي هي في تصرف المتقبل
لا في بيع الحق الشايع منها والجواب يعرف من ذلك كما لا يخفى ثم ان
التبعية بالمعنى الاول حق حقيق لا غبار عليه وهو انتقال حق الاختصاص
الثابت لمالك الاثار في الارض الى مشتري الاثار ولتوقف انتفاعه
من الاثار على التصرف فيها فبيعها وشراؤها متضمن لشرط ثبوت
هذا الحق للمشتري كما كان ثابتا للبايع ومن هنا يقوى قول الشامي
قدس سره في كشف الظلام وهو ثبوت حق الاختصاص للمشتري بالبيع
بسبب شرائه الاثار اذا كان قصد المتبايعين بقاء الاثار على حالها
فلو اشترى الاثار لعدمه بل بقصد الانتزاع من الارض لا يثبت له حق
الاختصاص وهو واضح وكيف كان فدخول رقبة الارض في المبيع

فالمبيع تبعا للاثار باطل سواء اريد به التمليك المستقر او المحدود
واما القول بالجواز مطلقا فيدل عليه اخبار كثيرة منها صحيح الحلبي
لقوله ع فيها لا يصلح الا ان تشتريها منهم على ان تصيرها ملكا
للمسلمين ويرد عليه اولا انه لا معنى لشرائها على ان تصيرها للمسلمين
وثانيا انه لا وجه لقوله ع بعد ذلك فان شاء ولي الامر ان يأخذها
اخذها لانها اذا جاز بيعها تصير ملكا للمشتري فكيف يأخذها
الامام ع وعلى هذا فيكون الصحيح المذكور من المجملات [illegible]
هذا واجاب الفاضل النراقي قده عن الايرادين في محكي مستنده اما
عن الاول فبان المراد منه جعل خراجها للمسلمين لا نفس الارض وفيه
مع انه حمل بعيد انه لا شاهد عليه واما عن الثاني فبانه يجوز
للامام ع اخذ الارض من المشتري لو كانت ملكا له ايضا
لانه ع يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد وفيه ما لا يخفى لانه ع لا يفعل
الا ما يجوز له شرعا ومن المعلوم انه لا يجوز له اخذ مال الغير قهرا ومنها
رواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي الظاهرة في تضمنها لتقرير
الامام ع لما ذكره من شراء ارض الخراج ومنها رواية ابي
شريح المستدل بها للقول بالمنع فانه استدل بها القائل بالجواز
ايضا حيث سئل الراوي عن شراء ارض الخراج فكرهه ع معللا بانها
للمسلمين فقال انما يشتريها الرجل وعليه خراجها فقال ع لا باس ان
وفيه انها على المنع اقوى لان قوله ع لا باس غير معلوم المراد
ومنها روايات اخر بعضها لمحمد بن مسلم وبعضها تام الدلالة وفي
بعضها صريح الشراء ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن مسلم

قال سألت ابا عبد الله ع عن الشراء من ارض اليهود والنصارى فقال ع
ليس به بأس قد ظهر رسول الله صلعم على اهل خيبر فخارجهم على ان يترك
الارض بايديهم يعملونها ويعمرونها فلا ارى بها بأسا لو انك اشتريت
منها شيئا وايما قوم احيوا شيئا من الارض وعملوها فهم احق بها
وجه الدلالة ان ارض خيبر من الاراضي المفتوحة عنوة او المأخوذة صلحا
والرواية تدل على جواز شراء ارض اليهود والنصارى التي بايديهم على
ان يؤدوا الخراج مع انها للمسلمين كالمفتوحة عنوة ويرد عليه ان قوله ع
يعملونها ويعمرونها قرينة على ان المراد منها هو ابتياع الارض دون
الحياة حال الفتح وعليه يخرج مورد هذا عن محل النزاع اذ يشترط فيه
كونها عامرة حال الفتح والا فهي لمن احياها ولو كان كافرا اذا كان
من اهل الذمة على المشهور ويدل عليه ايضا قوله ع وايما قوم احيوا و
مثلها في النظر والاستدلال رواية اخرى لابي بصير سئل فيها عن امور مشتملة
على الاحياء والتعمير والاولى رواية اخرى لمحمد بن مسلم وعمر بن حنظلة جميعا
عن ابي عبد الله ع قال سألته عن ذلك اي ارض اليهود والنصارى فقال ع
لا بأس بشرائها فانها اذا كانت بمنزلتهم يؤدى فيها كما يؤدون فيها وعنه
ايضا عن ابي جعفر قال سألته عن شراء اهل الذمة فقال ع لا بأس بها فقال
عليه السلام لا بأس بها فتكون اذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدي عنها كما يؤدون
عنها فان هذه الروايات الثلث صريحة في جواز شراء ارض الخراج التي
منها ما يكون بايدي الكفار على ان يعملوا فيها ويؤدوا الخراج اي صولح
معهم ان تكون الارض للمسلمين ويؤدوا طسقها لهم وهذا هو المراد من ارض
اهل الذمة في الرواية الاخيرة ايضا دون الارض التي هي لهم على ان يؤدوا

ان يؤدوا جزية الرؤوس بقرينة قوله ع فتكون بمنزلتهم تؤدي عنها
كما يؤدون اذ لو كان المراد منها الثاني لما كان لهذا التنزيل وجه
كما لا يخفى وعلى هذا ينبغي الاستناد بها في الدلالة على جواز شراء الاراضي
الخراجية وما هو بمنزلتها من اراضي الصلح ومما يستدل به ايضا على الجواز
وان كان قابلا للمناقشة خبر ابراهيم بن ابي زياد قال سألت
ابا عبد الله ع عن الشراء من ارض الجزية فقال ع اشترها فان لك
من الحق ما هو اكثر من ذلك توضيح الدلالة ان المراد من ارض الجزية على ما
صرح به بعض المهرة منهما جرى الاصطلاح عليه هو ارض الصلح
التي هي للمسلمين وتبقى في ايدي الكفار على ان يؤدوا طسقها وخراجها
وفيه انه لا قرينة على ذلك في الرواية فيحتمل ان يكون المراد منها
اراضيهم المملوكة لهم بسبب قبول الجزية وبه تفترق هذه الرواية
عن سابقتها لوجود القرينة فيها وهو التنزيل المتقدم ولكن في
الاخبار السابقة غنى وكفاية عن مثله لا سندا ولا وضعا فكيف الجملة
مع ما عرفت من الادلة الدالة على عدم جواز الشراء من الاصل وما
القاعدة والاخبار فمنها يعارضها وترجيحها عليها بالشهرة
وغيرها من المرجحات وفيها ما هو الصواب في الجواب سقوط هذه
الاخبار عن الحجية رأسا فلا تصلح للمعارضة وذلك لكونها من الشاذات
التي لا بد ان يرد علمها الى اهله ووجه كونها منها
هو مخالفتها للقواعد المحكمة ودعوى كونها قواعد شرعية قابلة للتخصيص
فلتخصص بتلك الاخبار مدفوعة بان طرح القواعد المتفق عليها المقطوعة
الاعتبار والاخذ بمقابلها من الاخبار خارج عن طريقة المحصلين

الانظار وكذا يرتضي به احد الاخبار بل الكلام في التفصيلين
للفاضلين ولهما وجهان الاول ان يجعل التفصيل وجها للجمع بين الطائفتين
من الاخبار بعد فقد المرجح لاحدهما بحمل المجوزة منها على زمان الغيبة و
المانعة على زمان الحضور او بالعكس حسبما يساعده نظر الفقيه والثاني
ان يكون التفصيل مبنيا على عدم تحقق موضوع الارض المفتوحة عنوة احتصاص
حال الغيبة وتحققه مع ضبطها في زمان الحضور نظرا الى ان الاراضي التي فتحت
عنوة وكانت محياة حال الفتح قد عرضت لها الموت بسبب طول الازمنة
بحيث لم يبق منها ارض باقية على حيوتها الاصلية فتندرج بسبب عروض
الموت لها تحت الانفال المباحة للشيعة فيكون مملوكة لمن احياها و
هذا الوجه ان تم يكون وجها لاحد التفصيلين وهو التفصيل بالجواز
في زمان الغيبة دون الحضور لا العكس لكن فيه مضافا الى ان انكار الموضوع
مكابرة واضحة لضبط جل منها في كتب الاخبار والتواريخ فلا اقل
بقاء بعضها على حالها الاولى انه مبني على كون عروض الموات موجبا
لخروجها عن حكم الاراضي المفتوحة عنوة ودخولها في عموم اراضي الموات المملوكة
للمحيي وهو مخالف للمشهور بل المجمع عليه ظاهرا لانه لو عرض الموت على الارض
التي فتحت عنوة ثم احياها شخص فهي بعد الاحياء باقية على ملك المسلمين
راجعة الى حالتها الاولى هذا كله في اصل رقبة الارض و
اما اجزائها المنفصلة عنها كالاوراق والاشجار والثمار والاحجار والاخشاب
والابنية ونحوها اذا كانت منفصلة بعد الفتح فمقتضى القاعدة كونها
ايضا للمسلمين فلا يجوز بيعها كنفس الارض ومن هنا اشكل الامر في المعاملات
المتعارفة في هذه الازمنة بجميع الاشياء المعمولة من تربة ارض العراق

العراق من الاجر والكوز والاواني ونحوها بل من التربة الحسينية الا ان يقال
بانها ليس بيعا حقيقة وانما يطلق عليها البيع مجازا لكونها ملكا
للمسلمين بعنوان ما كان يثبت للارض من اختصاص اذا كان اخذه على نحو
الصحيح فلا يدفع بيده عن حقه وتسليمه الى الغير على وجه يختص به ولو باخذ الاجرة
واحتمل شيخنا في الارض كون ذلك بحكم المباحات لعموم قوله عم من سبق
الخ وهذا يحتمل وجهين احدهما ان يكون كالمباحات الاصلية ملكا
لمن اخذها ابتداء وثانيهما ان يكون ملكا للاخذ من جهة دخوله في
الانفال المباحة للشيعة حال الغيبة لكونه مما باد اهلها وليس هذا ب
الوجه بل ثمرة عملية المقام الثاني في وجه التصرف فيها حال
الغيبة وكيفية جوازه مع كونها ملكا للمسلمين وفيه وجوه بل اقوال
اولها الجواز مطلقا من غير حاجة الى الاذن من الجائر او الحاكم كما ذهب اليه
المحقق القمي ره في جامع الشتات والمراقي وهذا هو ظاهر الذي
ادعى الشهيد الثاني فيه انه مخالف للاجماع وثانيها عدم جوازه الا
باذن حاكم الشرع مطلقا كما اختاره الفاضل القطيفي ره وهو ظاهر شيخ
مشايخنا الربيعي ره وان ذهب في مسئلة ولاية الخراج الى خلافه حيث
نفى فيها جوازه باذن الجائر مع الاستيلاء وكلامه ره ثمة وان كان
في اصل الخراج وحله لهما في التصرف لكن الظاهر اتحاد حكمهما و
تلازمهما كما لا يخفى وبالجملة فكلامه ره كالمتهافت وثالثها
عدم جوازه الا باذن الجائر المدعي لقبول الخراج منه اختاره
كاشف الغطاء ره [illegible] ولذا لو ابعد م حصول الرئاسة
مع الامتناع من الجائر [illegible] فيه وظاهره حرمة التصرف ايضا

عدم الاستيلاء له

وبرفيته منه وظاهره حرمة التصرف فيها بدون اذنه ووقوعها
جوازه باذن الجائر مع الاستيلاء، والتقييد بكفاية اذنه عند
عدم التمكن من استئذان العادل واشتراط اذن الحاكم مع امكان استئذانه كما
اختاره الثاني في جامع المقاصد لبناء على ظاهر كلامهم وجعلهما التفصيل
بين ما وصل لهم بعد القبض وبين ما بقي على عمارته فيجوز اخذه
الاول لعموم ادلة الاحياء دون الثاني ولا يخفى ان القواعد هو
من الوجوه هو ما قبل الاخيرة لجواز التصرف في ملكهم بدون اذن
الحاكم او الجائر مناف للقواعد حيث انها ملك للمسلمين فلا يجوز
التصرف فيها بدون اذن ولي النوع او من امضى الشارع تصرفه واخذه
للخراج حال الغيبة واما توقفه على اذن الجائر فلا دليل عليه اذ قصوى ما
دل عليه الاخبار هو امضاء فعل الجائر في اخذ الخراج من حيث براءة
ذمة المتقبل عن الخراج لا شرطية اذنه في جواز التصرف وذلك انما
هو لمصلحة التخفيف لا لمصلحة اخرى خفية نعم لو قلنا بان امضاء اخذ
الخراج لرأي الجائر لمصلحة اخرى نحو التنفيذ في بعض ما ذكره كاشف الغطاء
من شعب حصة الموقوفة المشاع الا انه خلاف سياق الاخبار ويدل
على كونه من باب التخفيف والاضطرار اخبار كثيرة متضمنة للنهي عن اعطاء
الزكوة للجائر وهو ان كانت في الزكوة الا ان الظاهر اتحاد حكمها مع حكم
الخراج والمقاسمة وهي كثيرة منها قوله عم انما هؤلاء غصبوكم
اموالكم وانما الزكوة لاهلها وقوله عم لا تعطوهم شيئا ما استطعتم
فان المال لا ينبغي ان يزكى مرتين فتحصل من جميع ما ذكرنا هنا وقد نفى الكلام
في جواز بيع الارض المفتوحة عنوة للامام عم ويظهر من شيخنا الا واحوزه

الاوا حوزه في الجواهر الاشكال والتأمل في ذلك نظرا الى احتمال
كون حكمها حكم الوقف وغيره مما يجب بقاء عينه وصرف منافعه في
مصالح النوع الا ان الظاهر خلافه ويدل عليه مضافا الى قوله تعالى
اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم وقوله تعالى وما كان
لاحد اذا قضى الله ورسوله امرا ان يكون له الخيرة الا به بعض الاخبار
السابقة الدالة على عدم جواز بيع الاراضي الخراجية لاشتمال بعضها
على ان للامام وعلى الكل عليه السلام امضاء البيع واجازته ان شاء

هذا تمام الكلام في حكم الاراضي المفتوحة عنوة المقام
الثالث في موضوعه وطريق ثبوته اما موضوعه فلغة واضح واصطلاحا
ما ذكر لغة لان اللغوي لو كان اشتراط كونه بإذن الامام عم
شرطا للحكم واما لو كان شرطا للموضوع فيختلف اللغة والاصطلاح
واما طريق ثبوته فهو الاول كما مطلق الظن كما ذهب اليه السبزواري
في الكفاية ثبوته لو ثبت به التكوين بشرط انشائه بطريق اخر وكونه مثبتا لم
مبني على حجية مثل تلك الموضوعات الخفية والاجمالية حال الشك
في كون المرجع هو الاصول والقواعد الذي ينبغي ان يتمسك بحجية
دليل الانسداد الصغير لا يتمسك به لاعتبار الظن في هذا الموضوع
الخفي كالعدالة ونحوها واما الانسداد الكبير المستدل به لحجية الظن في
الاحكام فلا خفاء في عدم جريانه في مثل المقام لاشتماله على جملة
المقدمات المفقودة هنا اذ من جملتها استلزام العمل بالاحتياط للعسر
والحرج وعدم البراءة للخروج عن الدين وكلاهما مفقودتان في الموضوعات
فيتعين حجة اجراء دليل الانسداد الصغير لا يتمسك به لحجية الظن في العدالة

ولا يجري الظن الخاص من حيث الظاهر والظنون الخاصة فيعرف بان
العدالة والموضوعات الخفية التي انسد فيها باب العلم غالبا لو لم يعمل
بالظن فيها واعتمد على اصالة العدم مثلا يلزم لغوية ما شرع مشروطا
بالعدالة كالجمعة والجماعة والطلاق ونحوها مما اشترط صحته
بالعدالة فان العقل يكشف كشفا قطعيا بعد ملاحظة اهتمام الشارع بالجماعة
وترغيب الناس بها واشتراطها بعدالة الامام ان الشارع جعل طريقا الى العلم بها
غالبا لعدم امكان الاحتياط اما لعسره او لعدم احراز الواقع
بهذا الاحتياط حيث لا يحرز عدالة كل من يقتدى به وتشريع الاحتياط
انما هو للعلم بادراك الواقع بان الظن بها حجة عند الشارع في
مقام العلم والا يلزم ان يكون تشريعها والتأكيد في اقامتها
لغوا بل نقضا للغرض وهكذا ملاحظة سائر الامور المشروطة
بالعدالة كما لا يخفى وهذا الدليل المذكور جار لاثبات حجية الظن
في الموضوعات الخفية التي يترتب عليها الاحكام الشرعية الا ان جريانه
مشروط بانسداد باب العلم في تحراه من اول زمان تشريع ما هو مشروط
بها الى زمان اجرائه كما هو كذلك في العدالة فان سائر الامور الخفية
دائما حيث في زمان الشارع تشريع ما هو مشروط بذلك الامر الخفي يستلزم
اعتبار الظن فيه اذ لولاه لزم محذور اللغوية ومن هنا بان عدم جريان
هذا الدليل في مثل الاراضي الخراجية لانفتاح باب العلم بها في زمان تشريع
الاحكام المترتبة عليها نظرا لضرب الخراج عليها من الائمة عليهم السلام وسماع غيرهم فلا
يلزم من عدم اعتبار الظن فيها محذور اللغوية وطرو الانسداد باب العلم
بها في هذه الازمنة لا ينفع في اثبات حجية الظن في زمان الانسداد

الا انسداد لعدم استلزامه لغوية اصل التشريع كما لا يخفى ويمكن ان يحكى
الكفاية لاعتبار مطلق الظن فيها من سبيل جوي حيث قال العمر غزا
الاراضي التي يدعى كونها ارض السواد مفتوحة عنوة ما لفظه فان علم
كون البلاد كذلك فذاك وما لم يعلم فيه ذلك وكان مشتبها فالظاهر ان
المدار فيه على العمل بالظن فيها ان ذلك انا نعلم ان بعض البلاد كان
مفتوحا عنوة وبعضها صلحا وما كان صلحا اشتبه وان
الصلح وقع على ان يكون الارض لهم او على ان يكون للمسلمين فيكون
حكمها حكم المفتوحة عنوة فهذا البلد المشتبه اما ان يكون على سبيل
الاول او الثالث فيكون للمسلمين وعليه الخراج او على سبيل الثاني فزواله
فلم يكن عليه خراج فاما ان يجري عليه خصوص حكم بلا امارة عليه او مع قيام
امارة ظنية عليه والاول ترجيح بلا مرجح وهو قبيح فيتعين الثاني وهو
الرجوع فيه الى الظن وايضا اذا كان المظنون خبرا بهم امر كان خلافه
مرجوحا وح فاما ان يعمل بالراجح او بالمرجوح او لا يعمل فيه بشيء منهما
لا وجه للثالث وهو ظاهر ولا للعمل بالمرجوح فتعين الاول انتهى واجيب
في المستند الاول بعد ذكر الاحتمالات للبلد المشتبه احدها ان
يكون ارضا اسلم عليها اهلها طوعا وثانيها ان يكون مواتا احياها المسلمون
وثالثها ان يكون بعد حيل الامام عليه السلام فتقبلها باصح وجوه النظر بانه
يعمل في البلد المشتبه مع قيام الامارة بما يعمل فيه لو لم يكن هناك امارة
ظنية فكما ان المرجع فيه عند عدمها هو البراءة او الاصل او العمل بمقتضى
الجهل بالمالك وليس شيء منها حكما بلا دليل فكذلك عند وجود الظن كما
ذكره ره بقوله فاذا بطل الاول تعين الثاني باطل لعدم انحصار

لجواز جريان الحكم الظاهري بدليل دال عليه كاليد واصالة تاخر الحادث
ونحوهما واجاب عن الثاني ايضا بما توضيحه ان المرجوح الذاتي قد يكون
راجحا بالعرض كما لو انضم اليه اليد ونحوها فلا يكون ذلك ترجيحا
للمرجوح ولذلك ثبت في الشرع في غير مورد ترجيح المرجوح الذاتي على الراجح الذاتي
لبعض المرجحات الخارجية كتقديم قول المدعى على المدعى عليه ولو كان ثقة
عدلا وكان قول المدعي موهوما صرفا وهذه الاجوبة وان كان لها
بادي النظر منظر وجيه الا انها في دقيق النظر خارجة عن مسلك التحقيق
والصواب ان يجاب عن الوجهين بالنقض بحصول الظن في سائر الموضوعات
الصرفة كالظن بان هذا كلب شاة فان قضية ما ذكره ره ان اخذ
الاضنا التي يحصل الظن ترجيح بلا مرجح واخذ الموهوم ترجيح المرجوح على
الراجح فيتعين الاخذ بالمظنون اعتبار الظن في مثل تلك الموضوعات مع
انه مخالف للاجماع المحقق القطعي بل عدم اعتبار الظن في الموضوعات الصرفة
يبلغ الى حد الضرورة ومن العجب ان الفاضل المذكور لا يقول باعتبار مطلق
الظن في الموضوعات وبالجملة فالاجماع المذكور كاشف عن توقف احراز تلك
الموضوعات على قيام امارة خاصة وعدم الاكتفاء فيه بمطلق الظن الثاني
قيام السيرة على ضرب الخراج على الارض وتقريب الاستدلال به اما من جهة كشفه
عن ثبوت ضرب الخراج في الصدر الاول ايضا اذ لو كان امرا حادثا ولم
يكن في الصدر الاول لنقله اهل التواريخ والسير لبنائهم على ضبط الحوادث
وكتب السير غالبا واما من جهة اقرار ذي اليد وهو السلطان بناء على كونه
ذي اليد ولا غيره واما ما ذكره الفاضل الراقي من ان مجرد اخذ
السلطان الخراج من الارض وتصرف المسلمين فيها بعنوان كونها خراجية

في الاحكام يكتب بخطه ما عبارته

خراجية يثبت بكون الارض خراجية لان للاشياء حقائق واقعية
وحقائق ظاهرية فكما ان الزوجية حقيقتها واقعا هو كونها معقودة له و
حقيقتها الظاهرية ما كانت هي في فراشه وحقيقة الملكية الواقعية
هو الشراء والظاهرية هو اليد للمالك ان يتصرف فيه بنحو تصرف
الملاك في املاكهم كذلك الارض الخراجية ايضا حقيقة واقعية و
هي المفتوحة عنوة بشرائطها والظاهرية وهو كون الارض يضرب عليها
الخراج فيثبت بذلك كونها خراجية ولنا في الكل نظر اما الاول
فلما ذكره شيخ مشايخنا المرتضى رض اولا من انه لا ملازمة بين عدم النقل
اهل السير وبين ثبوت ذلك في الصدر الاول اذ يحتمل ان يكون عدم
تعرضهم لنقله من جهة عدم اطلاعهم على حقيقة الحال وعدم الاطلاع لا يدل على
العدم وثانيا ان ذلك لا يزيد على تحصيل ارباب التواريخ وتصريحهم
بكون الارض خراجية فاذا لم يكن لتصريحهم بذلك اعتبار فكيف عن
مثل ذلك ولكن الانصاف ان اخذ السلاطين الاجرة من الارض بعنوان كونه
للارض كالعنا وبين ضمير اخر شايعة عندهم حيث يأخذون الخراج من
الاراضي الخراجية وغيرها يكشف ذلك كشفا قطعيا عن ثبوت ذلك في زمان
النبي والائمة صلوات الله عليهم اذ مع وفور التعرضات والشكايات واستفراد
بانهم على تحليل ما حرم الله وتحريم ما احله والظلم والغصب واشباهها لم
يتعرضوا لهم في مثل تلك الاراضي مع انها اقرب الى التعرض من اخذهم
الخراج بعنوان انه خراج ويحصل القطع بكونها مما ضرب عليها الخراج
في الصدر الاول ودعوى ان مثل تلك السيرة على الوجه الذي ذكرنا ايضا
لا تكشف عن ثبوته في الصدر الاول مكابرة واضحة وانما الاشكال في

والخفاء في ثبوت مثل تلك السيرة بحيث لم يحتمل في اخذهم الاجرة
من الارض شيء سوى الخراج واما الثاني فلان المراد من تصرف المسلم
اما تصرف السلطان باخذه الخراج او تصرف المسلمين فيها ابتداء ولو من
الجائر من خراج هذه الاراضي اما على الاول فلما ذكره بعض الاجلة
وان اخذه حرام ولو علم كون الارض خراجية فكونها ماله تصحيح فعله و
توهم ان اخذه الخراج في ارض الخراج اقل فسادا من اخذه في غيرها
فاسد لان مناط الحرمة في الجميع واحد مضافا الى ان تحرير
ادلة نفي الاول يوجب جريان اصالة الصحة ما لم يتعين عنوان الحرام
كما ذكروه لكن يمكن المناقشة فيه بالتفكيك في جريان اصل
الصحة بين الحكم التكليفي والوضعي فيلتزم بعدم جريانه في الاول لثبوت
الحرمة على التقديرين وجريانه في الثاني اذ لو كانت خراجية يصح
معاملة السلطان بما وقع في يده من الخراج وسائر تصرفاته لامضاء
الامام عم ذلك منه بخلاف ما اذا لم تكن خراجية فيجري في اصالة
الصحة بالنسبة الى الحكم الوضعي ويثبت به كون الارض خراجية فلا يرد
عليه مناقشة سوى ما تقدم في بعض الموارد واما على الثاني فلانه
لا عبرة بفعلهم الصادر منهم لعدم مبالاتهم في الدين حيث انهم
يتصرفون في تلك الاراضي مع علمنا بعدم علمهم بحالها ولا خفاء
في فساد تصرفاتهم مع عدم احرازهم الموضوع فكيف يمكن حمل تصرفهم
على الصحيح واما في الثالث فغير اولا انه مبني على كون اقرار ذي اليد
كاشفا عن الواقع لا موجبا لمجرد الالزام على المقر كما يظهر ذلك من الفقهاء
حيث صرحوا انها لو اقر من كان في يده بانها لاحدهما عين بحكم

بحكم بكونها له ولا يطالب منه البينة وفيما لو اقر المورث بانها
لشخص حكم بانه يتوارث منه ودعوى وارثه على خلافه لا ينفع
الا ان ذلك خلاف ما حققناه في محله من ان لازم الاقرار ليس الا الالزام
على المقر على حسب اقراره ولا يكشف منه الواقع اصلا ويمكن توجيه
كالسيطرة منه المكاشفية بحيث لا يبقى له ظهور فيه بان يقال ان اقرار
ذي اليد يكون لعموم ضد المتخاصمين يجعل جانبه قويا فكانه بمنزلة
المنكر فيقدم قوله على الاصح لا انه يصير مالكا وذو اليد كما هو لازم
طريقة الاقرار واما مسئلة الاقرار بالنسب فلان مقتضى الزام المقر
على حسب اقراره هو ان المقر به يشارك سائر الورثات انما هو
المقدار الباقي في تلبسهم حصة الزائد عنه حتى يعارض مع الزامه
فتأمل وكيف كان فلا يقدر المنفي اثبات من الاقرار هو الزام
المقر بما اقر به واما الطريقية الى الواقع وثبوت خراجية الارض
فلا وثانيا بعد الغض عما ذكرناه فالاقرار انما ينفع اذا لم
يكن المتصرف منكرا الخراجية الارض بان كان شاكا واما اذا كان
منكرا فلا ينفع الاقرار لانه فرع انفراد في حق الغير وبذلك ينطرق
الاشكال في اصالة الصحة ايضا في هذا الفرض واما الرابع فلعدم
تحصل مفهوم محصل لهذا الكلام حتى يباحث فيه لان المتصفة
الظاهر منه غير قيام امارة عليه لا نفهم له معنى وكون ضرب الخراج
امارة على كونها خراجية اول الكلام وقياسها بالملكية وا
الزوجية كما ترى لان تمامها والبداهة دائرة على الزوجية والملكية ا
الثالث قول اهل التواريخ ولهم بان الارض فتحت عنوة وفيه

ان اعتباره مبني على حجية قول اهل الخبرة وقد منعنا اعتباره
في محله الا من باب الشهادة ولذا اعتبرنا فيه التعدد والعدالة الرابع
الشياع والاستفاضة وفي اعتباره اشكال وخلاف بل وجوه
واقوال اولها اعتباره مع افادته العلم وثانيها حجية الشياع الظني
مطلقا وثالثها اناطته بالظن القوي سواء افاده ام لا نعم وحجية
الشياع بين من يعتبر العلم وبين من يكتفي بالظن القوي او مطلق الظن
انما هو في موارد مخصوصة كالنسب والوقف والملكية والزوجية و
الوقفية وما ماثلها فلم يعهد من احد اعتبار الشياع الظني بل بعض
فيها بالعلم او بامارات اخر وحكى عن الجواهر اعتبار الشياع في تلك
الموارد وان لم يفد الظن اصلا بل انما هو نظير البينة حجة تعبدية
اعتمادا على اخبار ضعيفة مذكورة في محله وخالفه في ذلك شيخنا
المرتضى ره فمنع اعتبار الشياع لذاته وان افاد الظن القوي فلا يثبت
شيئا اصلا ثم انه اورد على من قيد الشياع بالعلمي بان العبرة ان كان بالعلم
فلا ينبغي سواء حصل من الشياع او من غيره اذ ليس للعلم سبب خاص ايضا
لا وجه لاختصاصه بتلك الموارد بل يثبت به كل شيء ويمكن دفع الاول
بان اضافة العلم الى الشياع من جهة انه يحصل له ويتحقق موضوعه لا ان للعلم
سببا خاصا واما الثاني فيمكن الى ان بعض الموارد يحتاج مثل الشهادة
بناء على عدم اعتبار الشهادة العلمية حيث انه لا يجوز الشهادة استنادا
الى الشياع العلمي فلا تشترط لاحد تعين بخصوص تلك الموارد بغير جارية
في غيرها كما سيأتي وتعدي بعض الفقهاء للموارد اخر انما هو لاجل
انظارهم حيث تخيلوا انها الصار تشمل تلك الموارد والمهم في هذا

في هذا المجال انما هو تحقيق الحال وتوضيح المقال بحيث يجمع بين
الاقوال حتى لا يبقى خلاف واشكال فنقول ان الشياع انما يجري فيما
اذا كان للشيء سبب خفي وكان له اثر ظاهر كالزوجية والملكية والوقفية
واشباهها فاذا كان الشيء كذلك فلا جرم يكون له نسبة عرفية بان
يترتب في العرف اثار الوقف والولدية عليه ونسبة واقعية بان كان
في الواقع كذلك فمن قيد الشياع بالعلمي اراد العلم بالنسبة العرفية بان
يعلم من الشياع والاستفاضة ان زيدا مثلا محكوم بولديته لفلان
عند العرف ويحصل العلم بذلك كما في المتواتر سواء طابق الواقع ام لا
ولا يتوقف على العلم بالواقع ومن يكتفي بالظن المطلق او الظن القوي
اراد الظن بالنسبة الواقعية بحيث يورث الشياع الظن بكونه ولد
فلان في الواقع فليس في المسألة في الحقيقة خلاف كما ان من اعتبر العلم
لا ينكر كفاية الظن ومن يكتفي بالظن ايضا لا ينكر اعتبار العلم لعدم
التنافي بينهما بعد ما كان المعلوم هي النسبة العرفية والمظنون هو
النسبة الواقعية لكن كل ذلك مبني على تمامية دليل اعتبار الشياع
وقد منعناه في محله في كتاب القضاء ومن شاء فليراجع اليه فتلخص من
جميع ما ذكرناه انه لم يثبت كون الارض خراجية حتى يثبت بها
مطلقا لنظر فالنافر الى جميع ما ذكر وان عرى اصالة الترابعي لكن فيما
اذا لم يكن هناك معارض واما لو انكر فقد عرفت ان الاصل المذكور
لا يجري في اثبات شيء لو شك في كون الارض خراجية ولم يكن
هناك امارة ناهضة على اثباتها فالمرجع هو الاصول والقواعد
اما الاصل فقد تقدم ان الاصل عدم كونها ملكا للمسلمين واورد عليه

شيخنا بها الرياضي رض بالمعارضة باشتراك الاصل عدم كونها
ملكا لغيرهم ولكن المعارضة بظاهرها غير صحيح لتحكم استصحاب ملكية
الكفار لسبقهم بملكية تلك الاراضي قطعا وانما الشك في طرو الرافع
والمزيل وهو الفتح عنوة فكيف يعارض باصالة عدم ملك الكفار
وحيث انه قد اجلنا تاما ان لا يلتفت الى الاستصحاب فلا بد من فرض
صورة يصح اجراء الاصلين فيها مع عدم جريان الاستصحاب ويمكن
فرضها فيما اذا لم يكن الارض تحت يد احد كما لو وجدنا ارض معمورة و
شك في كونها مفتوحة عنوة او بالصلح وعلى الاول هل كانت عامرة
حال الفتح او غامرة وعلى الاول هل كانت عمارتها بالاصالة او
من غيرها فالارض التي ينظر فيها هذه الاحتمالات التي يكون ملكيتها على
بعض الاحتمالات للمسلمين وعلى بعضها الاخر للكفار وعلى ثالث الامام
فاصالة عدم ملكية احدهم على هذا معارضة باصالة عدم ملكية
الاخر ومجرد ان للارض مالك واقعي لامتناع خلو الملك عن المالك لا
يوجب جريان الاستصحاب بعد فرض كون المالك اولا مجهولا مرددا بين
اصناف فلا جرم يتوقف بعض اصحابهم على اجراء اصالة عدم ملكية الاخر
وحيث عرفت ان الاصل المذكور معارض بمثله فحكم هذه الارض المفروضة
حكم مجهول المالك نعم لو علمنا بانها كانت ملكا للكفار ثم شككنا في
انها فتحت عنوة ام لا فالحكم هو استصحاب الملكية لكن ليس ذلك من فرض
تعارض الاصلين هذا حال الاصل واما القاعدة وهو اليد ففيها
صور ثلث لانها اما ان تكون تحت يد السلطان خاصة بان يضرب
عليها الخراج وليس للمتقبل يد عليها اصلا بحيث يتصرف فيها تصرف

الملاك واما ان يكون تحت يد المتصرف خاصة بان لم يضرب
عليها الخراج وليس لحكم بحيث يتصرف فيها كيف شاء وليس للسلطان
يد عليها ولم يضرب عليها الخراج واما ان يكون تحت يديهما معا بان
ضرب السلطان عليها الخراج ويتصرف المتقبل ايضا فيها تصرف
الملاك في املاكهم اما الاولى فلا اشكال في كونها محكومة بالخراج
بمقتضى اليد واصالة الصحة الجارية في اخذه للخراج لكن هنا كلام
عن بعض الافاضل وهو انه لو ادعى المتقبل كونه مكرها في اداء الخراج
فاصالة الصحة في جانب السلطان معارضة باصالة حمل الاكراه
على الصحة وهذا الكلام بظاهره غير مستقيم اذ لا معنى لحمل الاكراه
على الصحة الا ان يريد به الاكراه على الحق لان الاكراه بحق يصح لكن حمل
الاكراه على الحق معاضد لاصالة الصحة الجارية في اخذه الخراج
لا معارض لها اللهم الا ان يريد حمل دعواه وقوله بانه مكره على الصحة
يعني انه صادق في دعوى الكره والاجبار ولازمه عدم كونها خراجية
في الاسناد وهذا حسن لكنه بعيد عن كلامه جدا وانت خبير بان
ظاهر كلامه بل صريحه ما ذكرنا الثانية فلا ينبغي الاشكال في عدم
كونها خراجية بمقتضى اليد الدالة على كونها ملكا للمتصرف وقضية اصالة
حمل فعل المسلم وتصرفه على الصحة واما الاشكال في الصورة الثالثة و
هي ما اذا كانت في تحت يديهما معا فيدعي المتصرف كونها ملكا له و
يضرب السلطان عليها الخراج فالذي تقتضيه القاعدة فيها هو ان
العبرة باقوى اليدين كما ذكروا في راكب الدابة واخذ اللجام ان
ذا اليد اقوى منهما وانما الكلام في تشخيص الاقوى منهما والذي اظن

ان يلتمس غير واحد اقوى من ضرب الخراج فيحكم بعد ضياعها وان
الارض غير خراجية ثم ان شراء الاراضي المشكوكة الخراجية
اعتمادا على الاصل اولا واليد ثانيا محل اشكال ذكره بعض الفقهاء
وهو ان للمشتري علم اجمالي بوجود الارض الخراجية فيها والعلم
الاجمالي مسقط للاصل واليد المجوزين من شرائه وعلى التفصي عنه
اولا بان الشبهة غير محصورة لا مانع من جريان الاصل فيها وشبهة
الكثير في الكثير كما في المقام من اقسام غير المحصور عندنا خلافا لهذا
ما تبيناه في التفصي بعض على ما حققناه في محله وثانيا ان العلم الاجمالي
بوجود ارض الخراج فيما بين الاراضي المشكوكة انما يمنع عن صحة شراء
الرجل الواحد جميع الاراضي المشكوكة واطراف المعلوم بالاجمال
للعلم بشراء ما هو ملك للمسلمين واما لو اشترى الرجل قطعة من تلك
الاراضي اعتمادا على الاصل والآخر قطعة اخرى منها فلا مانع عن صحة الشراء
لجريان الاصل بالنسبة الى كل واحد منهما حيث ان الشك لكل واحد منهما
بدوي كما في واجدي المني في الثوب المشترك حيث حكموا بجواز صلاة كل
واحد منهما منفردا اذ لا مانع من جريان اصالة الطهارة بالنسبة الى
كل واحد منهما كما هو واضح هذا تمام الكلام في الارض المفتوحة
عنوة اذا علم كونها عامرة حال الفتح واما الارض المفتوحة عنوة المجهول
حالها حين الفتح فكونها عامرة حال الفتح او غامرة فمقتضى اصالة عدم
كونها عامرة حال الفتح او اصالة تاخر الحادث شرطيا ان العمارة
بعد الفتح فليست خراجية وقد عورض هذا الاصل باصالة بقائها
على ما هي عليه من قبل وبعبارة اخرى يحكم بالاستصحاب القهقرى بكونها

اذا كانت شبهة

بكونها محياة حال الفتح ويعارض به اصالة تاخر الحادث فيه
ان التعارض انما يتم بناء على حجية الاصل المثبت حيث ان اصالة
بقائها على ما كانت عليه من قبل لا يثبت الا كونها محياة حال الفتح
وهو امر غير شرعي يترتب عليه ما هو المحقق من عدم اعتبار الاصل المثبت
فاصالة تاخر الحادث سليمة عن المعارض فيحكم بها بعدم كونها
خراجية لاشتراطها بكونها عامرة حال الفتح مسئلة
اختلفوا في جواز بيع بيوت مكة زادها الله شرفا وعدمه على اقوال
الاول الجواز وهو مختار جماعة بل في المكاسب انه المشهور والثاني عدمه
وهو خيرة الشيخ قده في محكي ط كالشهيد في اللمعة وعن فخر الاسلام نسبته
الى الكثير بل عن ف دعوى الوفاق عليه والثالث التوقف والتردد
في الجواز والعدم كما في يع ويحكى عن س وكره والحواشي والايضاح
اما وجه الجواز فعلى القول بجواز بيع المفتوحة عنوة واضح لانها اما
فتحت عنوة او صلحا وعلى التقديرين فلا مانع من بيعها اما على الثاني
فواضح واما على الاول فللفرض من جواز بيع المفتوحة عنوة واما على القول
بعدم جواز بيعها فلما اشتهر في الالسن من عدم كونها مفتوحة عنوة
كما صرح جماعة بل انما فتحت صلحا فيجوز بيعها هذا اذا كان مدعى المجوز
تجويز بيع الاثار او البيوت المبنية من حجارة الحرم واما اذا كان مدعاه
جواز بيع الاثار الجديدة اذا كانت الحجارة من غير الحرم فلا اشكال
في الجواز ولو مع المنع من بيع المفتوحة عنوة لان الاثار الجديدة
ملك لمالكها وح فيأتي الكلام في جواز بيع الاراضي تبعا للاثار
على القول بالجواز في المفتوحة عنوة كما صرح به الشهيد الثاني قده في ضمن

واما وجه المنع على القول بعدم جواز بيع المفتوحة عنوة فواضح واما
على القول بجوازه فلاحتمال المسجدية كما يستفاد من قوله عز وجل سبحان
الذي اسرى الآية مع انه ص اسري به من بيت خديجة او من شعب ابي طالب
دون ابنية الاستواء واما وجه التردد فلاجل الشبهة المصداقية في الشك
في كونها مفتوحة عنوة او صلحا هذا اذا كان المتردد ممن يمنع من جواز
بيع المفتوحة عنوة كالعلامة رحمه الله فيه واما اذا كان المتردد ممن
يرى جواز بيع ما فتح عنوة او صلحا كالشهيد في كتاب الدروس وجه تردده
الا احتمال المسجدية والا فلا ينبغي التردد من مثله في المقام والذي يقتضيه
التحقيق عدم ثبوت كونها مفتوحة عنوة لتعارض النقل وتجرد
دعوى المشهور له بالمذهب فقط ظهور المذهب في فتحها عنوة لا ينفع في اثباته بعد
كونه معارضا بنقل غيره خلاف ذلك ولذا حكي في جامع المقاصد عن جماعة من
اهل التواريخ والسير كونها المفتوحة صلحا فبعد التعارض يحصل الشك
في كونها مفتوحة العنوة ومقتضى الاصل عند الشك الا ان يستصحبها واليد
مقتضاهما الحكم بكونها مملوكة لمن هو بيدها واحتمال المسجدية لا مدرك له
والآية قاصرة عن افادة ذلك ضرورة انتفاء حقيقة المسجدية عنها وعدم ارادة
ذلك من تسويته ولكن الرواية في قصور الدلالة مضافا الى عدم كونها
طرقا وموافقتها لما حكي عن جماعة من العامة الثوري ومالك وابي عبيد فيكون
طرحها اولى لان الرشد في خلافهم وح فالاقوى جواز بيعها واما اجارة
بيوتها فالظاهر انه لا اشكال في جوازها اذ بعدما ثبت جواز بيعها
اعتمادا على البيع بجواز اجارتها قطعا بل ومع المنع عن بيعها ايضا لكونها
مفتوحة عنوة يمكن تجويز اجارتها لجواز اجارة من يتقبل الارض

الارض الخراجية من السلطان العادل او الجائر بل لا اشكال ولا خلاف
والتعجب من العلامة قده في كره حيث تردد في بيعها واجارتها مع انه
لا وجه لمنع الاجارة اصلا ولو ثبت في ذلك خبر عبد الله بن عمرو
بن العاص نقضنا المنع عن بيعها ايضا لاشتراكهما في الدليل المانع
فالتقييد بالكراهة لا وجه له واما اسكان الحاج فيها فالظاهر انه واجب على اهلها
للاجماع المحكي عن ... وللاخبار المستفيضة المتلقاة بالقبول فليس لهم
منع الحاج من السكنى وهل يسقط الاجرة ام لا وجهان اقواهما الاخير
لعدم التنافي بين وجوب الاسكان عليهم واخذ الاجرة عليه بل هو
قضية الجمع بين الحقين هذا تمام الكلام فيما يتعلق ببيوت مكة
واما ما فتح بعد النبي صلى الله عليه وآله الى زماننا هذا من الصحاري والاراضي فهل هي
ملك للمسلمين كافة ام للامام ع وجهان والمشهور هو الاول ومنشا
الشك في ذلك الشك في اشتراط ثبوت الفتح عنوة باذن الامام وعدمه
وفي تحقق الاذن فالكلام يقع تارة في الشبهة الحكمية واخرى في الشبهة
الموضوعية اما الجهة الاولى ففي اثبات كونها ملكا للمسلمين وجهان
ومبنى الاول ما سلكه الراقيان منهما الاستناد في ذلك
الى صحيح الحلبي المسئول فيه عن منزلة ارض السواد فقال ع هو لجميع المسلمين
المتقدم الى اخره المشتمل على ان ما فتح بعد النبي ص بمنزلة ارض السواد
فيستفاد منهما ان الارض المفتوحة عنوة بعد النبي ص كلها فيء للمسلمين
كافة ولتأييده الشهرة المحكية ومعارضتهما بمرسلة عباس الوراق وفيها
انه اذا غزى قوم بغير اذن الامام ع فغنموا كانت الغنيمة كلها للامام ع
مدفوعة اما بدعوى التخصيص او التخصص لكونه اما الاول فبعد

نعلم انه باذن الامام ع اما بحكم الفرض او بعلم الوصل او
بالمراجعة الى التواريخ وعلى التقادير فالنسبة بين المرسلة وبينها
عموم مطلق فتخصص الغنيمة المذكورة فيها بغير الاراضي المفتوحات
واما الاراضي المفتوحة عنوة بغير اذنه ع فهي للمسلمين بحكم الروايتين
اذ لا معارض لهما بعد التخصيص واما الثاني فلدعوى انفتاح جميعها
باذن الامام ع لحكمها بعموم العام فخروج تلك الاراضي من تحت العموم
المذكور بعنوان التخصص لا التخصيص بيان ذلك انه قد تقرر في محله ان العام
اذا ورد في مقابله دليل مجمل يحتمل ان يكون له معنى يلزم منه تخصيص
العام ومعنى اخر لا يلزم منه ذلك ينبغي حمله على المعنى الذي لا يستلزم
التخصيص لحكمها بعموم العام وهذا داع لزوم التخصيص المخالف للاصل
كما اذا قيل اكرم العلماء ولا تكرم زيدا او تردد زيد بين العالم والجاهل
فيحمل على الثاني لئلا يلزم تخصيص العام فكذلك الحال فيما نحن فيه اذ بعد
حكم الامام ع بان ما فتح بعد النبي صلعم فهي للمسلمين في مقابل قوله ع
اذا غزى قوم بغير اذن الامام ع فلو كان هذا الفتح بغير اذن الامام ع
يلزم منه التخصيص في ذلك العام وهو خلاف الاصل فلا بد من حمله على
كونه صادرا عن اذنه ع لئلا يلزم التخصيص في العام وعليه فلا تعارض
بين ما دل على ان الغنيمة الصادرة بغير اذنه له فكانه قال ع ان تلك
الاراضي التي شخصيته كون فتحها بغير اذن الامام ملك للمسلمين نظرا لكونه
في عدة الحرز على ادلة الاحكام وتظهر الثمرة بين الوجوه الثلاثة في
الفتوحات التي تشك في كونها مع اذن الامام ع او بعلم بعدم كونها

وان تلك الاراضي ملك للمسلمين وما دل على ان الغنيمة بغير اذن الامام ملك له ع
ما هو واما الثالث فلدعوى تنزيل الامام ع غير الماذون منزلة الماذون
فالروايتين الدالة على ان ما فتح ملك للمسلمين تكون حاكمة على ما دل صح صح

كونها باذنه ع على الوجه الاول وعلى الثالث تكون ملكا للمسلمين كما افاد
لا لاجل التخصيص والحكومة كون مجرد الفتح سببا للتملك ولو مع العلم بعدم اقترانه
بالاذن فضلا عن الشك وهذا بخلافه على الثاني ولا سيما على التخصيص
بشرطية الاذن وكون تلك الاراضي ملكا للمسلمين انما هو بحيثية احراز
الاذن فيها بالتقريب المتقدم واما اذا علم عدم الاذن في فتحها او شك
فيه فالعبرة ح بالعموم الدال على ان كل غنيمة حصلت بغير اذن الامام
فهي له عليه السلام والمختار الثالث كما حكم شيخ مشايخنا المرتضى رض المسلكي ره ظ
حيث قال ان عموم ما دل من الاخبار على تفسير الانفال بكونها مما لا
يوجف عليه بخيل ولا ركاب وعلى ان ما اخذ بالسيف يصرف حاصله
في مصالح المسلمين معارض لمرسلة الوراق المتقدمة بالعموم من وجه
لعموم المرسلة بالنسبة الى الاراضي وغيرها وعموم الاخبار المذكورة
بالنسبة الى الاذن وعدمه فيتعارضان في الاراضي المفتوحة بغير الاذن
ويتساقطان فالمرجع بعده قوله تع واعلموا انما غنمتم الاية ويثبت
بذلك كون الارض المفتوحة ملكا للمسلمين اذ ليس للمقاتلين نصيب في
الاراضي بالنص والاجماع هذا ملخص ما افاده قده وعلا مقامه
ويرد عليه مضافا الى ان ظاهر سياق العبارة ان محل الكلام هو
الشبهة الموضوعية والشك في تحقق الاذن وعدمه وقد تقرر في محله
ان التمسك بالعام في مثل تلك الشبهة ليس في محله ان جعل اية الخمس
مرجعا بعد تساقط الدليلين لا يثبت ما هو مدعاه هو كون الارض المفتوحة
بغير الاذن ملكا للمسلمين لكون الاية غير متعرضة لما للغنيمة بعد اخراج
الخمس منها واستفادة عدم نصيب للمقاتلين في الاراضي من النص ها

والاجماع خارجة عن مفاد الاية التي جعلها مرجعا في اثبات المدعى
فتم ما الاقوى في اثبات كون ما فتح بعد النبي ص من الاراضي ملكا
للمسلمين الاستناد الى عموم الاخبار الكثيرة الدالة على ان ما اخذ بالسيف
يصرف حاصله في مصالح المسلمين واما رفع التعارض بينها وبين المرسلة
فبالوجه الثاني من الوجوه الثلثة المتقدمة وهو التخصيص بالتقريب المذكور
لضعف الوجهين الاخرين حيث ان الحكومة والتخصيص مبنيان على
اختصاص مورد هذه الاخبار بصورة عدم الاذن فلا ضرورة الى
ذلك ومن الواضح ان الاصل لا يقابل العام الناطق بان ما فتح
بغير الاذن فهو للامام ع فتعين الوجه الثاني ومما ذكرنا ظهر ان
الفتوحات المذكورة كلها مقرونة بالاذن لا لرواية الخصال ولا
لحضور ابي محمد الحسن ع في بعض الغزوات ودخول بعض الصحابة في امرهم
ولا للعلم برضا امير المؤمنين ع وساير الائمة ع بالفتوحات الاسلامية
الموجبة لانتشار الاسلام وتاييده واستقراره لضعف الجميع اما
الاول فلان عموم الامور ما في الاسفار ان ثبت فدخول
هذا الامر غير مقطوع به واما الثاني والثالث فلان حضور
مولانا الحسن ع انما كان في بعض الغزوات فلا يجدي في اثبات كليه
وكذلك دخول مثل عمار رض كل ذلك لو تم فانما ينفع في فتوحات الثاني
واما الفتوحات الواقعة في زمن الثالث ثم او في الازمنة المتاخرة
عن زمن الائمة ع فلا طريق الى اثبات الاذن فيها واما الرابع
فلمنع العلم برضا الائمة ع اولا بعدما خرجوا بالفتح عن خلافة لكفر
الى ما هو اضل منه سبيلا ومنع اعتباره ثانيا بعد تسليم تحققه

محققة بلا حظر الاعقاب وحصول التشيع بينهم لا لمجرد الرضا
لا يكفي في تاثير الاسباب التي يتوقف سببيتها على الاذن حيث ان
له موضوعية في تاثير السبب فاذا كانت سببية الفتح لتملك المسلمين
موقوفة على اذن الامام ع فمجرد رضاه ع لا يكفي في السببية كما
هو الحال في المعاملات والاحكام الوضعية المتوقفة على
الاذن نعم هو انما ينفع في الحكم التكليفي وهو جواز الحرب والقتال كما
لا يخفى بل لما عرفت من احراز اقتران الفتوحات الحاصلة بعد النبي
باذن الامام ع بحكم عموم العام اذ لولاه للزم تخصيص عموم المرسلة
وهو خلاف الاصل فثبت من الاصل المذكور ان كل مفتوح حكم
يصرف حاصله في مصالح المسلمين مقرون باذن الامام ع لئلا يرد
التخصيص على العام وليتامل في المقام فانه من مزال الاقدام والله العالم
بالاحكام مسئلة في المصنف ثم فرع بعد ذكر
عدة من المشتركات اما ماء البئر فهو ملك لمن استنبطه وماء النهر
لمن حفره الخ لا يخفى ان مراده من الماء الذي ذكره في المشتركات هو الماء
الجاري على وجه الارض من مطر او عين قبل حيازته الا من حوا، كان
الاراضي المفتوحة عنوة او في الانفال حيث ثبت ان عير الموات ملكها
المسلم ارضا فيها عين جارية او جاء مطر اكدا وعلف غايب لا علكها
بالحيازة بل هي باقية على اشتراكها وهذا مما لا اشكال فيه وانما
انما الكلام وماء البئر في مقامين الاول في انه هل يصير ملكا بالحفر ام لا
والثاني في انه هل يتوقف تملكه على القصد ام لا بل يحصل بمجرد الحفر
ولنقدم الكلام في المقام الثاني فنقول الظاهر انه اما ان يكون

لا نحو اما ان يكون في ملك او في مكان مباح وذلك بحفر او في موات
وعلى هذا فالظاهر ان المراد بالمباح المذكور في كلامه قدس سره الارض المعوضة
المحياة بالذات لا من حيث انها من المباحات الانفال التي يحتاج للتملك وكيف
كان فقد استفاد ذلك من كلام الماتن قدس سره في احياء الموات حيث قال
ولو حفر في ملك او مباح ليتملكها الى آخره اعتبار القصد في تملك خاصه
شيخ الاواخر في الجواهر وقال ان قيد ليتملكها راجع الى الاخير
هو المباح لا الى المجموع وحكى عن شيخنا موافقة المسالك
في ذلك نظرا الى ان القيد لو كان راجعا الى الاخيرة خاصة لزم استعمال
لفظ الحفر في كلامه قدس سره في اكثر من معنى حيث انه استعمل في المملوك في مجرد
الحفر دون قصد واستعمل في المباح مع القصد وان هو الا استعمال اللفظ
الواحد في اكثر من معنى ووجود العاطف المقتضي لتكرار العامل لا يرفع
هذا المحذور لانه في قوة التكرار انما يقع في القواعد العربية اللفظية ولا
يتكرر به لفظ الحفر كيلا يلزم المحذور ولا ان الحفر في كليهما استعمل في معناه
المطلق لا بشرط القصد وعدمه وانما استفيد اعتبار القصد في المباح من
القيد الخارج وهو قوله ليتملكها من باب تعدد الدال والمدلول نعم لو استعمل
لفظ الحفر في المملوك بشرط عدم القصد وفي المباح بشرطه لزم المحذور
المذكور ولكن الامر ليس كذلك بل استعمل في المملوك على نحو الاطلاق وعدم الشرط
وفي المباح كذلك بشرط القصد ودون استفادة الخصوصية من اللفظ
وكيف كان ففي اعتبار القصد في تملك الماء وعدمه خلاف وتظهر الثمرة
في حرمة عصيره قبل القصد فعلى الاول لا حرج لعدم دخوله تحت الملك
وعلى الثاني محرم لكونه ملكا والتحقيق بعد بطلان ما ذهب اليه شرذمة

ويمكن الجواب عن ذلك باحتمال لما ... استلزام ارجاع القيد الى خصوص الاخير للمحذور ثم

شرذمة من الحكماء من ان الماء ليس له وجود خارجي تحت الارض بل يتكون
بالهواء المتخلل فيه ان الماء الموجود تحت الارض اما ان يكون
ملكا لمالك الارض او يكون مباحا بالذات فيملكه بالعرض فعلى
الاول لا ينبغي الاشكال ولا الخلاف في عدم اعتبار القصد في التملك
لانه من اجزاء الملك واما على الثاني فهو اعتبار القصد في تملكه قبلا
لانه من المباحات الاصلية التي يتوقف تملكها على النية وعدمها اشكال
بل خلاف فان قلنا بان الماء المتكون تحت الارض نماء لها كالكلاء
او تابع لها فلا يتوقف تملكه على القصد لان نماء الملك وتابعه
ملك لمالكه فهو امر غير متوقف لحصوله على القصد وان منعنا ذلك و
قلنا بانه لا يملك الا بالحيازة والسبق فلا بد من القصد لانهما لا يتحققان
الا بالنية والاقوى في النظر هو الاول لوضوح الفرق بين الماء المتكون
تحت الارض والموجود فوقها لصدق النماء وكونه جزءا لها على الاول
دون الاخير فليس تملكه من باب الحيازة والسبق كي يحتاج الى القصد وتظهر
الثمرة بين القول بكونه نماء للملك والقول بكونه تابعا له في جواز جذب
مادة البئر لمن حفر بئرا في جنب ملكه وجذب منه ماء بئره فعلى الاول يجوز
لان الموجود في الملك نماء له وعلى الثاني لا وجود له لا معنى لكونه نماء ولو حفر الجار
الاخر في جنب مادة البئر فيمنع به وجوده فان قلت ان ذلك ضرر على المالك
منفي قلت اولا ان جذب مادة البئر ليس ضررا على المالك بل هو تفويت نفع
منه وثانيا ان المالك لو تصرف في ملكه بما يلزم منه الضرر على جاره فهو
جائز عند المحقق تحكيما لقاعدة السلطنة على قاعدة الضرر وعلى الثاني
لا يجوز لان كل شيء يكون تحت الارض تابع لها فلو كان ماء موجودا

او عادته وبالجملة فالاقوى عدم اعتبار القصد في تملك الماء سواء
قلنا بكونه ملكا او مباحا هذا واما لو حفر في المباح فلا اشكال ولا خلاف
في انه يملك مائه كتملك البئر على القصد لما دل على تقييد سببية الحيازة
والاحياء بالقصد فلو قصدهما فلا اشكال في صيرورتهما ملكا له وكذا الكلام
في حرمة جذب مادة البئر وجوازه لما في الخارج عن حريم البئر كما سبق عن غير
الامر الاول في بيان الشرعية في حفظ الحريم وعدمه حيث ان لهذا البئر حريم
محدود في محله فلو حفر الاخر بئرا في حريمه وجذب منه مادة البئر فلا كلام
في حرمته وهل يملك مادته ام لا وجهان مبنيان على ان دليل الحريم وارد
على ادلة الحيازة والاحياء ام لا بل هو مجرد حكم تكليفي والحيازة والاحياء
انما يؤثران في التملك غاية الامر انه ارتكب محرما فلعل القصد تملكهما وانما
قصد الانتفاع بها خاصة فهو ايضا اولى بها من غيره لقاعدة السبق
ولا يجوز لاحد مزاحمته وانما عليه بذل الزائد عن مقدار ما ينتفع به ولو قصد
تملك البئر دون الماء فيختص الملك بما قصده ويجوز للاخر جذب المادة من جنبه
نظير وضع الشبكة في مكان مباح للاصطياد حيث يجوز لغيره ان يصيد
لئلا يقع في الشبكة ولو قصد تملك الماء خاصة دون البئر فلا يجوز للغير
جذبه هذا تمام الكلام في المقام الثاني واما المقام الاول [illegible]
فان الماء تحت الارض يتملك بتملكها على ما حكي عن ظ حيث قال ان الماء
والمباحات اولى لا يدخل تحت ملك احد بمجرد الحيازة فيعتد صدق البينة
لاحتمال ان يكون معناه عدم جواز منع الناس فضل الماء والكلاء لنفي الحكمة
واما النبوي العامي الناس شركاء في ثلث النار والماء والكلاء و
وبعض الاخبار الناهي عن بيع الماء وانه خير بعدم صلاحه فيه هذه الاخبار

الاخبار لضعفها فتخصص بالادلة والاخبار اما النبوي فمضافا الى
احتمال كون المراد منه ما كان مباحا لا المملوك ولو بالحيازة ان المراد
من اشتراك الناس في الثلثة ان لكل المسلمين فيها حقا ولو بالحقوق
في الاسلام بمقتضى عدم الامتناع من الشركة فانه ما في الاخبار الدالة
على ان للمسلم حق على المسلم ولجاره حق الجوار وغيرها وابى ذلك عن اثبات
الاشتراكها بحيث لا يدخل تحت ملك احد واما النواهي فمحمولة على الكراهة
او على الارشاد لما في بيعها من الخسة والدناءة والرذالة وهذا
كله فيما يتعلق بحكم الماء والنهر واما المعادن فالظاهرة منها مما
لا اشكال ولا خلاف في عدم دخولها تحت ملك احد ولو كانت في الارض
المملوكة لشخص خاص بل انما هو ملك للامام ع اباحها للشيعة واما
الباطنة منها ففيها خلاف فيها اقوال ثلثة الاول انها ملك للامام ع
مطلقا والثاني انها ملك لكافة المسلمين والثالث انها ان ظهرت في
الانفال فهي للامام ع وان ظهرت في الاراضي المفتوحة عنوة فهي للمسلمين
كافة وان ظهرت في الاملاك فهي لمالكه وهذا هو الاقرب نظرا الى دليل
التبعية اذ مقتضاها تبعية ما في الارض من المعادن وغيرها لها في
الملكية والاباحة مسئلة ذكر بعض الفقهاء ان من شرائط
العوضين كونهما طلقا فالمراد به تمام كما يظهر من محكي عدة حيث ابدله بالطلق او
جواز جميع انحاء التصرفات للمالك او ما لا يكون متعلقا لحق الغير
سبيل الارادة الاولى منه في المقام اما الاول فلان للملكية حصه
حقيقة واحدة عرفية ولا تنوع فيها احدهما تامة والاخر ناقصة واما
الثاني فمنقوض بما لو نذر عدم تصرف خاص فيه اذ لا اشكال في جواز بيعه

لو

بيعها الكل مع عدم جواز جميع التصرفات فيه فينبغي الاخير ويرد عليه
اولاً ما في هذا من انتقاضه بالمبيع في زمن الخيار وبيع العبد الجاني
حيث تعلق حق الغير بالمبيع ومع ذلك يجوز بيعه وفيه ان النقض
بهما ليس في محله على مذاقي لما اما الاول فلبطلان البيع على الخيار على
المختار واما الثاني فلان الجناية ان كانت عمدية فلا ريب في بطلان بيع
الجاني وان كانت خطائية فاما ان يقبل المولى الفداء ثم يبيعه اولاً وعلى
الاول فبيعه صحيح وليس فيه نقض لزوال حق الغير عن رقبة العبد بقبول الفداء
كما لا ريب في بطلانه على الثاني لتعلق حق الغير به فلا يتجه النقض المذكور
على شرط الشهيد بالمعنى المطرود مشهوراً وثانياً ما ذكره شيخنا
المرتضى رحمه ان الشروط المذكورة لا يرجع الى محصل اذ مرجعها الى اشتراط عدم
المانع عن صحة البيع وذلك ليس شرطاً مستقلاً حتى يتفرع عليه عدم جواز
بيع الوقف والرهن وام الولد ضرورة ان كل حكم يشترط وجوده بعدم
المانع بل هو عنوان منتزع من الموارد التي ثبت مانعيتها عن تصرف المالك
كالوقفية والرهنية ونحوهما فذكر ذلك توطئة وتمهيد لذكر الحقوق
المانعة عن البيع لا الجامع منها عدم تعلق حق الغير بالمبيع لا يكون شرطاً
يتفرع عليه عدمها بعد ما الامر في الاصالة والتفرع بالعكس وهو حسن جيد

فينبغي التكلم في الحقوق المانعة عن البيع وهي امور كثيرة الاول الوقف
وفي كونه مانعاً عن البيع مطلقاً الا ما استثني خلاف فذهب كل ... الى العامة عدم
جواز بيع الوقف مطلقاً واختاره جماعة من الخاصة رضوان الله عليهم منهم
الاسكافي وفخر الاسلام الا في الاثاث الموقوف والاجزاء التي انحصر طريق الانتفاع
بها بالبيع وادعى ابن ادريس في نفي الخلاف في عدم جواز بيع المؤبد وجعل

محل الخلاف في المنقطع واختار المنع ايضاً صاحب الحدائق والحلي
وبعض آخر وحيث ان المسألة ذات اقوال متشتتة وارائهم مختلفة وربما
صدر عن فقيه واحد في كتاب ما صرح بخلافه في كتاب آخر فلا بد من تحقيق فضلاً عن كتابين (ح)
الحال في المقال بحيث يقع به الفصل والقال وينحسم مادة الاشكال فنقول
اعلم ان الوقف على قسمين مؤبد ومنقطع وكل منهما اما وقف منفعة
او وقف انتفاع كوقف المساجد والمدارس والقناطر وعلى التقادير اما
خاص او عام ولنقدم الكلام في الوقف المؤبد الخاص من حيث جواز بيعه
وعدمه فاذا اثبتنا بمقتضى القواعد احدهما فيلحق به الوقف العام ان لم
يكن هناك ما ضار خاص وان كانت فيه خصيصة يوجد في الوقف الخاص
فالتحقيق ان منشأ الخلاف في جواز بيع الوقف وعدمه ما صرح به شيخ الجواهر
تبعاً لشيخه ... وقال ان جواز بيع الوقف مع بقائه على حاله متضادان
يستحيل اجتماعهما فكل مورد جاز بيع الوقف فيه فهما بانى بطل الوقف فيه من
حين الجواز ان عدم جواز البيع ماخوذ في مفهوم الوقف ومن مقتضيه او من
لوازم الاطلاق فدعوى انه يكون من مقوماته فعلى الاول يبطل الوقف وينتفي
ماهيته اذا اثبت عدم الجواز باحدى المسوغات وعلى الثاني لا يبطل لان
لازم الاطلاق قابل للتخصيص واشتراط عدمه واستثنائه كالوجوب الاستيفاء
المهمية والطبيعة ومن الواضح ان المرجع في تشخيص ذلك والحاكم بكونه من
مقومات اصل الوقف وعدمه هو العرف ولا مسرح فيه للعقل لان الوقف ليس من
الموضوعات المخترعة كي يرجع في معرفة حقيقته الى الشارع بل هو من الموضوعات
العرفية التي كانت قبل الشرع كالبيع والعتق ونحوهما غاية الامر ان
الشرع امضاه وجعل له شروطاً واركاناً وامثاله الشرع في شهادة

المطلب صورة وقف مولينا امير المؤمنين عم حيث قال فيه وفقه صدقة
لا تباع فجعل الفقرة قيد النوع الصدقة لا تشخيصها الخارجي عينها بشخص فان
الجمع ظهوره في كونه قيدا للنوع بحيث يكون دليلا على ان عدم البيع مفهوم
الوقف بل يحتمل ان يكون قيدا للشخص صدقته ثم دعوى ظهوره في الاول لا
مدرك لها اصلا وكيف كان فالمعول في مثل المقام تشخيص الحقائق العرفية
لسلامة العقل والعرف فنقول ان مقتضى ما ذكره الفقهاء حيث يعرفون الوقف
العرفي بتحبيس الاصل وتسبيل الثمرة او بعض ثمرة التحبيس ان لا يكون المنع
البيع داخلا في حقيقة الوقف بخلاف الاول فيكون المنع عن البيع داخلا في حقيقة
الوقف لا تمام حقيقته لان التحبيس عبارة عن بقاء العين وهو ينافي الزوال والمعلوم
ان البيع بمنزلة الزوال والاتلاف للعين وعلى الثاني يكون فصله وجزئه لانه
عبارة عن التمليك مع التحبيس بمؤبده عدا الوقف والصدقة والهبة من العقود
التمليكية ويمتاز كل منهما عن الاخر بفصل وجودي فالصدقة تمتاز عن الهبة بفصل
وجودي وهو القربة والوقف يمتاز عن الصدقة بفصل وهو التحبيس والتابيد ومن
الواضحات حصول الشيء بحصول فصله مقتضيه ذلك كون المنع من البيع ماخوذا في
حقيقته فاذا زال ذلك زال الوقف من اصله وبطل الا انه مع ذلك يمكن
ان يقال الحق مع شيخ مشائخنا الرياضي ره حيث قال ان جواز البيع لا ينافي بقاء
الوقف الى ان يباع فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه فمعنى جواز بيع العين الموقوفة
جواز ابطال وقفها الى بدل او لا اليه فان مدلول صيغة الوقف وان اخذ فيه
الدوام والمنع عن المعاوضة عليه الا انه قد يعرضه ما يجوز مخالفة هذا الانشاء
كما ان مقتضى العقد الجائز كالهبة مثلا تمليك المتهب المقتضي لتسلطه المنافي
لجواز انتزاعه من يده ومع ذلك يجوز مخالفته وقطع سلطنته عنه اي موضع

موضع الحاجة من كلامه ره وقد يكون علي الاستدلال على كون عدم جواز البيع
من لوازم الملاه في الوقف لا انه ماخوذ في حقيقته بوجهين احدهما ان الوقف
انشاء تام بنفس الواقف وهو مركب من جنس وفصل وجودي وهو التمليك
مع التابيد والتحبيس وهما امران اخران احدهما عدم جواز بيعه شرعا و
ثانيهما عدم بيع الموقوف عليه وكلاهما غير ماخوذين في حقيقته ومفهومه
بل لا يعقل اخذهما منها اما الاول فلان الجواز وعدمه حكم شرعي غير
قابل لان يؤخذ في انشاء الواقف واما الفعل الخارجي وهو بيع الموقوف
عليه فكذلك لا يعقل اخذه في انشاء الواقف كما لا يخفى فالماخوذ في الوقف
ليس الا المنع عن البيع بمعنى منع المالكي لا الشرعي وذلك يستلزم عدم جواز البيع
بجوازه نعم اذا كان سببية الوقف وتاثيره في الملكية والحبس متوقفة على
امضاء الشارع فهو لا يمضي اصل الوقف الا اذا كان في قالب العرصة والتقضي
وقد يمضي اصل الوقف والتمليك ولا يمضي فصله وهو التحبيس وعدم البيع الا اذا
طرء بعض مسوغات البيع ومن الواضح انه اذا كان تاثير السبب متوقفا
على امضاء الشارع جنسه وفصله فاذا لم يمض الشارع فصله سيبطل جنسه واذا لم يمض فصله
فلا يوجب ذلك بطلانه لان ما ثبت من امضاء الشارع وعدم امضائه
فهو خارج عن حقيقة الوقف بل انما هو من احكامه فاذا كان عدم جواز
البيع من احكام الوقف لا ماخوذا في حقيقته فيكون قابلا للتخصيص ولا
ملازمة بين بقاء الوقف وزوال الوقف فان قلت ان الوقف مركب
من جنس وفصل على امضاء الشارع فاذا زال الفصل لعدم امضاء الشارع
اياه فيزول الجنس ايضا اذ لا تحقق له بدون الفصل وهذا معنى بطلان الوقف
لجواز البيع قلت ان اراد من البطلان انتفاء بعض اثار الوقف واحكامه

وهو عدم جواز البيع فتأمل وليس لك مراد من صرح ببطلان الوقف بجواز
البيع وان اراد بطلان اصل الوقف فممنوع لان الوقف حبس العين فكان
تاما لا نقض فيه ولم يعرض عليه ايضا ما يوجب زواله حبسا وفعلا وعدم
امضاء الشارع المنع عن البيع الذي جعله الواقف فعلا لتمكينه لا يوجب زواله
حقيقة لان الانشاء القائم بفعل الواقف ليس موجودا مستمرا حتى يرتفع بدفعه
الحاصل بل هو يتحقق عند تحققه ويبقى اثره فمعنى عدم امضاء الشارع فعل
الوقف انقطاع اثره وهو الحبس وبقاء العين الى الابد والحاصل ان ما
هو فعل للوقف صح البقاء [illegible] ايضا انما هو منع المالك عن البيع واما
منع الشارع عنه فهو من احكامه وعليه فيقبل التخصيص فللشارع ان يحكم بجواز بيع
الوقف مع بقاء الوقف بحاله وح فلا يبطل الوقف الا بالبيع ولا يبطل بمجرد
جوازه ومما ذكرناه ظهر ما في كلام شيخ مشايخنا العظام ره حيث منع من اعتبار
المنع عن البيع في مفهوم الوقف لانه ره ان اراد بالبيع منع المالك
فممنوع لما عرفت انه معتبر في المفهوم فيما يساعد عليه تعاريفه وانها الفصل
المائز بينه وبين الصدقات وان اراد منع الشارع فمسلم لما عرفت انه من احكام الوقف ولا
يعقل اخذ الحكم في الموضوع كما لا يخفى وثانيهما ان غرض الواقف اذا تعلق
بايصال منفعة خاصة من العين الى الموقوف عليه وفاتت تلك المنفعة الخاصة
المقصودة للواقف عن العين اما لخرابها او لخلل بابها او نحو ذلك فيجوز بيعها
لحلول غرض الواقف لا مانع عن بيعه الى البدل فهو باق على وقفيته لتحصيل الغرض
الواقف الذي هو ايصال منفعة خاصة من هذه العين او بدلها نظير
تعدد المطلوب في الاوامر فكما ان الامر الواحد اذا تعلق بشيء ذي خصوصية يتعلق
الحكم بالمجرد المطلق كذلك الحال في الوقف يتعلق باستيفاء منفعة خاصة

خاصة فاذا زالت الخصوصية عن العين لا تزول عن بدلها وح فالمقتضي
لجواز البيع وهو قوله ع لا يحل لاحد البيع موجود والمانع وهو وقفية
العين ليس بمانع مطلقا حيث غرض الواقف مؤكد لجواز البيع ولا يخفى ان
هذا الوجه لا يصحح جميع الموارد التي حكم بجواز بيع الوقف فيها بل انما يتم
فيما اذا احرز تعلق غرض الواقف باستيفاء منفعتها الخاصة بخلاف ما اذا كان
غرضه استيفاء مطلق المنفعة ان شاء منفعة خاصة لا يوجب استيفاء
جواز البيع فبالنظر الى هذين الوجهين لا تنافي بين الوقفية وبين جواز البيع
فلا يبطل به الوقف وانما يبطل بنفس البيع لكن مع ذلك كله لا يخلو من شيء
والصواب بعد التأمل هو ما ذكره شيخ الاساتذة قده في الجواهر من بطلان الوقف
متى ما جاز بيعه لا نا وان سلمنا ان منع الشارع عن البيع عرفا ماخوذ في حقيقة الوقف
بل المأخوذ فيه هو منع المالك لكن قد عرفت ان حقيقة الوقف وصحته موقوفة
على امضاء الشارع وهو امضائه التمليك المؤبد مع التحبيس وعدم جواز بيعه
فتجويز الشارع البيع معناه عدم امضائه التحبيس المأخوذ في الوقف فاذا لم يمض
معنى الوقف يبطل حقيقة لاناطة صحته وفساده بالامضاء وعدمه ولا يخفى
بطلانه [illegible] على تحقق البيع وعليه الحاصل ذكرنا اشار شيخ مشايخنا المرتضى ره
في مكاسبه بقوله قده بل [illegible] الوقف بالهبة وهو صريح ان النوع
العاقد [illegible] جواز الرجوع في الهبة لا يبطلها بل مقتضاها التمليك الجائز
بخلاف جواز البيع فانه يبطل الوقف حيث انه عدم امضاء الوقف
[illegible] لا [illegible] ما اختاره في الجواهر من بطلان الوقف اذا جاز بيعه
بطرو احد الموانع [illegible] الموقوف عليهم او الخلف بين اربابه ويكون

البيع اعود لهم او خراب الوقف بحيث لا ينتفع به اصلا ويدور الامر
بين انتفاء ذلك فيه وبقائه كالحصير البالي والجذع المكسور مثلا ونحوها تفصيل
الكلام فيها اما اذا انتفت عن الوقف منفعة خاصة وكانت له منفعة
اخرى اقل منها او مساوية او اكثر كما لو خربت الدار وبقيت العرصة ولها
ايضا منفعة اخرى كاجرة ونحوها فهل يجوز بيع العرصة نظرا الى انتفاء
المنفعة المقصودة من الوقف او لا لكفاية وجود المنفعة لجزء العين الموقوفة
ولو كانت اقل فضلا عن المساوي والاكثر والذي صرح به صاحب الجواهر هو
التفصيل بين ما اذا كان عنوان الدارية متعلقا للوقف ومقصودا للواقف
فاذا خربت يجوز بيع العرصة لانتفاء الموضوع حيث ان موضوع الوقف عنوان
الدار وقد زال فلا مانع عن بيع العرصة وبين ما اذا لم يكن الدارية عنوانا في
الوقف بل المقصود هو وصول المنفعة اليهم باي نحو كان فلا يجوز بيع العرصة
وسيأتي تمام الكلام في هذا الامر وما يترتب من الفروع بعون الله الملك
العلام واذا تحقق ما ذكرنا فلنشرع في شرح عبارة المتن قال المحقق
في الشرائع فلا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقاؤه الى خرابه لاختلاف بين اربابه
ويكون البيع اعود على الاظهر انتهى واورد عليه بان ما ذكره هنا ينافي مع ما ذكره
في كتاب الوقف من جهتين احدهما اشتراطه جواز البيع هنا بأداء بقائه
الى الخراب الظاهر في القطع به اذ التأدي واكتفى ثمة في الجواز بخشية الخراب الظاهر
في الظن به وثانيهما انه ره اشترط هنا جواز البيع بامور ثلاثة تأديته
الى الخراب والاختلاف بين الارباب واعودية البيع واكتفى هناك بشرطين
حيث قال ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه
ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه بل كان البيع اعود لهم قيل يجوز والوجه

والوجه المنع انتهى وهو تناقض واضح ولذا قال الشهيد الثاني في المسالك ره ان
المسئلة لكمال عظمتها ذكر فيها نقيضي القضية الواحدة بعيد غفلة في كتاب
واحد هو كان متنافيان ولعل نظره الى الشهيد الثاني الفاضل قدهم
هذا ولكن يمكن الجمع بين الكلامين بحيث يرتفع التنافي الموهوم من حيث
الجهتين اما الاولى فلان المراد بتأدية بقائه الى الخراب هو حصول الظن
بذلك الموجب لصدق الخوف والخشية ولا ظهور له في القطع بل لا يبعد دعوى
الظهور في الظن لكون تؤدي مثلا مستقبلا فيكون عنوان التأدية
هنا متحدا مع عنوان الخشية ثمة ولذا عبر جماعة بالتأدية واخرى بالخشية
ويؤيده نسبة بعض كالعلامة قده في كره عنوان الخوف الى الاكثر او الى الاشهر كما
عن الايضاح ونسبة اخر عنوان التأدية الى الاكثر كجامع المقاصد او الى المشهور كاللمعة
فهذا كاشف عن اتحاد العنوانين واما الثانية فلان المراد اجتماع خوف
الخراب مع خلف الارباب فلازمه اعودية البيع لهم وانما ترك ذكره ثمة اتكالا
لوضوح الحال الا انه اكتفى هناك بشرطين بحيث يجوز البيع واما منعه
في ما هو عن كفاية اعودية البيع للجواز مستقلا مع فقد الباقي في شرح
اي قوله ره على الاظهر اما ان يكون راجعا الى المستثنى وهو صحة البيع اذا
اجتمعت الامور الثلاثة او يكون راجعا الى المستثنى منه اعني عدم صحة بيع الوقف
لان الكلام المذكور بمنزلة المستثنى والمستثنى منه نظير قول القائل اكرم
العلماء ما لم يفسقوا ولا تكرم الفساق منهم ما لم يتوبوا فان كان راجعا الى
المستثنى فيكون اشارة الى الخلاف فيما تقدم عليه من حكم بعدم الجواز و
ان اجتمعت تلك الامور والقائل به من قدماء مشايخنا القديم الاسكافي ره
فانه ره ويستظهر من اخر الكلام فحكي عن الناصريات العلامة ره وانه قد حكي على الاحتمال

نقيضها واصلا

وإن كان راجعا إلى المستثنى منه فيكون إشارة إلى الخلاف من حكم بصحة بيع
الوقف في صورة اجتماع تلك الأمور وهم جماعة كثيرة منهم الصدوق قده حيث
اشترط في صحة البيع أمورا خمسة لا يرجع إلى شيء من تلك الثلاثة إلا الأخير على
من راجع المقنعة ومنهم السيد قده في الانتصار حيث اشترط في صحة البيع حصول
الخراب وضرورة الأرباب ومنهم الشيخ قده في ط حيث اشترطهما أيضا ومنهم
السيد ابن زهرة قده في الغنية حيث اشترطهما ومنهم ابن حمزة قده حيث [illegible]
لا يجوز بيع الوقف إلا بأحد شرطين الخوف من خرابه أو حاجة بالموقوف عليه شديدة
لا يمكن معها القيام به ومنهم الراوندي في فقه القرآن والجامع حيث اكتفى
بخوف الخراب أو حاجة الأرباب والحاصل أن كل من اشترط في الصحة بغير تلك
الأمور الثلاثة المجتمعة فهو مخالف في المستثنى منه وإذا عرفت أن مراد المص قده هو
الظن بالخراب فلنقدم أولا حكم الخراب الفعلي وسائر مسوغات البيع ثم نتبعه
بحكم خوف الخراب تبعا للكتاب ثم مسائل الصورة فنقول أما الخراب فله صور ثلث
الأولى أن يخرب الوقف بحيث يبيد دائرة بين الإتلاف والبيع كما لو خلق الحصير
أو انكسر الجذع أو ذبح الشاة ودار أمرها بين الإحراق أو الأكل وبين البيع
فالأقوى في هذه الصورة جواز البيع لوجود المقتضي وهو قوله عز وجل أحل الله
البيع بناء على ما هو الحق من أن الوقف وفقد المانع لأن المانع المتصور إما
حق الواقف أو حق البطون اللاحقة المحصور في الأخبار الدالة على عدم جواز
بيع الوقف وشيء منها لا يصلح للمنع أما الأول فلأن حق الواقف إنما
دامت العين باقية على ما كانت عليه حين الوقف من الاستعداد للمنفعة المسبلة فإذا
تغيرت حالته زال حق الواقف وكذلك حق البطون اللاحقة فإنه يزول بعد الخراب
وعدم قابليته البقاء إلى زمانهم ووجودهم مضافا إلى أن مراعاة حقهم لو لم يكن

[margin: الى ادريس حيث انتفى الخ ومنهم]

[margin: لذ يكون ان سقط ذلك]

لو لم يكن مقتضيا لجواز البيع لم يكن مانعا إذ بعد ما لم يمكن بقاء العين
الموقوفة إلى زمان استيفائهم المنفعة منه لخرابه فلا بد من بيعه وإبدال
عينه بمكانه لإيصال النفع إليهم كما هو أصل قولي الأئمة فيما سيأتي إلا أن
مراعاة حقهم مانع عن البيع فلا بد من إتلافه لاستيفاء الثالث بحكم
الفرض وأما الأخبار الدالة على المنع فلو قلنا بأن المنع عن البيع فيها
لأصل مراعاة حق الواقف أو حق البطون فالجواب الجواب ولو كان المنع
تعبدا شرعيا فالجواب عنها دعوى انصرافها إلى غير المقام وهو ما إذا كانت
العين باقية على صلاحها للعمارة والمنفعة المسبلة وأما إذا خربت فهي خارجة
عن مورده هذا على التقديرين بالاستغناء عنها بعد جواز البيع كما لا يخفى هذا
ويستدل للجواز أيضا بدليل آخر وهو أنه إذا خرب الوقف تردد أمره بين تعطيله
حتى يتلف بنفسه وبين انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف كالأكل ونحوه وبين
بيعه وتبديله بما يبقى وينتفع به الكل ولا سبيل إلى الأول لأنه تضييع للمال
المحترم وتبذير محرم بالكتاب والسنة ولا إلى الثاني لأنه مناف لإضافته لحق
البطون اللاحقة فيلزم جوازه جواز البيع أيضا إذ لا فرق بين إتلافه
وبين نقله ببعض الآخر وغيرها وعلى الثاني فمع بطلان الأولين
الأولين أما الأول فلأن تضييع المال وتبذيره وإن كان ترجيحا للعمومات
الناهية إلا أنه قد يكون جائزا بحكم الشارع منضم إلى الرخص المخصصة
للعمومات الناهية كما ثبت ذلك في تبذير يوم الأضحى فيمن وفى بالنذر الذي
لا ينتفع بها إلا بأسره بالمال مع أنه جائز بها وورد أن الحجاج إباحة الدماء وح
فيما هو بيع الوقف حصة للتضييع لأن مقتضاها عدم جواز بيع
الوقف وإن بلغ الحد التضييع وإن أدى إلى ذلك وشبهه فتخصيص إذا دله رحمه

بها نظراً الى ان النسبة بين تلك النواهي وبين ادلة حرمة التضييع عموم
من وجه لان مقتضى الاولى عدم جواز البيع وان بلغ حد التضييع ومقتضى
الثانية حرمة تضييع المال وقفاً كان ام غيره فيتعارضان في مادة
الاجتماع وتساقطهما يكون المرجع عموم قاعدة السلطنة ومقتضى ذلك جواز
تضييع لا بعد سقوط المانع بالمعارضة واما الثاني فيرد عليها
ذكره اولاً ومنافاته لحق البطون اللاحقة ما ذكرناه سابقاً من منع تعلق حقهم بعين
الوقف وصار في معرض الزوال والانتفاء فلا مانع عن الاتلاف وعلى ما
ذكره ثانياً من انه اذا جاز الاتلاف فجواز البيع اولى اذ لا فرق بينهما ان الفارق
بينهما هو وجود النهي عن البيع وانتفاء النهي عن الاتلاف فيمكن تجويز الاتلاف
وعدم تجويز البيع لمكان النهي وكون تلف الثمن مضافاً الى العموم الدالة على جواز
الاتلاف فيما اذا احصل الاتلاف بالاكل مثل قوله نعم كلوا من الطيبات ونحوه
وكيف كان فهذا الدليل عليل غير قابل للتعويل عليه في اثبات جواز بيع الوقف
والذي يصلح للاعتماد هو الدليل الاول وحيث ثبت جواز بيعه ثبت جواز اتلاف
البطن الموجود للعين الموقوفة فيهما ينتفع البطن الاول منطوقا بالاتلاف
او بالبيع اما الاول فلعدم اداء البطن الموجود الانتفاع بالعين بلا احراق ونحوه فهل
له ان ينتفع فيما يختص به من الاملاك ام لا بد ان يصرفه في العين الموقوفة محضاً
او جنساً او نوعاً فلو وقف حصيراً مثلاً فعدا موقوفه وخلق الحصير بحيث ينحصر الامر
في الانتفاع منه بالاحراق فله ان يحرقه في سائر احتياجاته او ليس له ذلك بل لا بد
احراقه في تلك الدار ان امكن والا ففي غيرها من الموقوفة والا ففي سائر موقوفات
الواقف لا صلاح حتى ونحوه وجهان من ان البطن الحاضر مالكاً للبطن الاول
ومقتضى عموم قاعدة السلطنة جواز جميع انحاء التصرفات في ذلك ولا ملزم للصرف

الصرف فيما له خصوصية الموقوفة العين ومن لزوم مراعاة غرض الواقف مهما امكن
والذي يتعلق غرضه بالانتفاع من الحصير مثلاً في الدار المخصوصة فاذا تعذر
الانتفاع المقصود منه فلا بد من صرفه في الجهة المنظورة للواقف تحصيلاً
لغرضه وهكذا الاقرب فالاقرب والاقوى هو الاول لعموم الناس مسلطون
والوجه الثاني استحسان محض لا دليل عليه لا يجب الاستحسان الا ان الثاني اوفق
الوقف بحيث خرج بعضه عن الانتفاع وبقي الاخر محتاجاً الى العمارة لا يمكن بدونها
انتفاع البطون اللاحقة منه فلا اشكال في عدم جواز بيع الجميع بمجرد الخراب بل لا بد
من الاقتصار في البيع على البعض الذي خرج عن قابلية الانتفاع كما في القدر المكتوب
ببيع احدهما خاصة وهل يصرف ثمن الخرب في عمارة الباقي قال شيخنا
المرتضى رض فيه وجهان اثبات وذكرهما بعد ذلك في ذيل الصورة العاشرة
في نظير هذه المسئلة حيث قال لو دار الامر بين بيعه والابدال به وبين صرف
منفعته الحاصلة مدة من الزمان لتعميره ففي ترجيح حق البطن الذي يفوته المنفعة
حق الواقف وسائر البطون المتأخرة وجهان لا يخلو ثانيهما عن قوة اذا لم يشترط
الواقف اصلاح الوقف من منفعته مقدماً على الموقوف عليه انتهى ومرجع الوجهين
الى ان جواز بيع المخروب مبني على كونه متعلق حق البطن الموجود خاصة وعموم
قاعدة السلطنة تقتضي جواز صرفه في مصالح نفسه ولا يلزم له في عمارة الباقي
مراعاة البطون اللاحقة والى لزوم مراعاة غرض الواقف حيث تعلق بايصال منفعته
الفرد وهو البطن مثلاً الى الموقوف عليه واذا تعذر ايصالها كما هو لا يمكن الا
فلا بد من صرف ثمنه فيما يحصل منه ذلك الغرض وذلك المقصود والاقوى هو الاول
لما قلنا فان الفروع الاتية مبنية على مراعاة غرض الواقف ومن الفقهاء

من فصل في تجويز البيع للخراب بين قسمي الوقف العام والخاص كوقف منفعة الدار
الدار للفقراء مثلا او لزيد فاختص الجواز بالثاني دون الاول نظرا الى
انه مورد الاخبار المجوزة دون الاول فهو باق تحت المنع ان كان الاخبار
المجوزة فالتفصيل في محله وان كان المستند هو القواعد كما ذكرناه فلا وجه
للتفصيل كما لا يخفى لشمول البطن الموجود اذا باع الوقف لخرابه فهل
يجوز له ان يأكل تمام الثمن وفيه قولان الجواز مطلقا والمنع كذلك واما التفصيل
ما لو كان المسوغ للبيع هو الضرورة او غيرها فيجوز على الاول دون الثاني فاجنبي
عن محل البحث لان البحث انما هو في خصوص الخراب ولذا اقتصرنا فيه على القولين
ومدرك الاول الاخبار وعموم من سلطنة ومدرك الثاني قاعدة البدلية لان
عوض الوقف بحكم الوقف في الاشتراك وتعلق حق البطون اللاحقة وغرضا
الواقف لتعلقه بتسبيل منفعة عينا او بدلا وتظهر الثمرة بينهما فيما لو صرح
الواقف باستيفاء البطن الموجود خاصة الثمن فعلى الاول لا فائدة في
ذلك بعد اقتضاء قاعدة البدلية كونه متعلقا لحق الجميع بخلافه على الثاني
لان العبرة بغرضه سواء تعلق بالعموم او الخصوص وتدبر فان الاقوى بقي
مضى جواز اكل الثمن وعدمه شيء اخر لا بد من التكلم فيه وهو ان العين الموقوفة بعد
خرابها هل تكون متعلقة لحق البطون اللاحقة ام لا فان قلنا بالاول فلازمه
عدم جواز الاكل للبطن الاول لتعلق حق الغير به وان قلنا بالثاني فلازمه
الجواز لعدم المانع ولعل الاقوى هو الاول لوجهين احدهما وجود المقتضي لحق
البطون اللاحقة وفقد المانع اما المقتضي فهو تمليك الواقف لانه ملك العين
في الانشاء الواحد للموجودين والمعدومين على سبيل التشريك والترتيب

والترتيب في البطون انما هو في الانتفاع لا في اصل الملكية بحيث لو فرض
وجودهم مع البطن الاول لكانوا مشاركين معه في الملكية غاية الامر عدم جواز
الانتفاع لهم ما دام كون البطن الاول موجودا وشركة البطون اللاحقة مع
البطن الموجود ليس الا كشركة المشاركين في العين غاية الامر ان كلا منهما
في عرض الاخر في الانتفاع بالعين وفيما نحن فيه في الطول يعني الترتيب في الانتفاع
واما المانع المتوهم فليس الا عدم قابلية المعدوم للتملك عقلا وعدم استعداد
بقاء الملك الى زمان وجود البطون وكلاهما لا يصلحان للمنع اما
الاول فلانه يرد عليه اولا النقض بالموارد التي ثبت في الشريعة كون المعدوم
ملكا ومالكا فيها كما لا يخفى على المتتبع وبالوقف خاصة فان العين قبل حدوث
الخراب فيها يتعلق بها حق البطون اللاحقة جميعا ويكونون مالكين لها جميعهم
اجماعا فلو كان تملك المعدوم من المحالات والممتنعات لم يكن فرق بين عمارة
الوقف وخرابه كما لا يخفى وثانيا انه ان اريد عدم مالكية المعدوم عدم
مالكيته فعلا كالموجود فهو مسلم وان اريد عدمها شأنا ايضا فممنوع بل
له الملك شأنا وهذا الشأني عند الشارع بمنزلة الفعلي في ترتيب الاثار
عليه والقول بان الملك الشأني ليس شيئا يبقى بعد انشاء الواقف فانه اثر انشأه
للمعدوم على نحو انشائه للموجود واما الثاني ففيه انه لم يقل احد باعتبار
استعداد البقاء للملك في الملكية حتى يكون عدمه منافيا للتملك فان الملكية
امر اعتباري عرفا وشرعا لاحظها الشرع عند تحقق اسبابها التي منها
الوقف وهذا الاعتبار ملحوظ في نظر الواقف في انشائه وفق ما لاحظه للموجود
والمعدوم وعدم استعداد العين للبقاء الى اخر البطون غير قادح في ملك المرتبطة

وكيف كان فالملكية حاصلة وان لم تكن بها استعداد البقاء ولعله
الى هذا كونها اشار شيخ اساتيذنا المرتضى رحمه في كتابه بقوله فتامل وبالجملة
فلا مانع من تملك المعدوم اصلا فاذا اثبت كونه مالكا للعين فلا يجوز
للموجودين الشركين اكل ثمنه لانه عوض ما تعلق به حق الغير فيكون متعلقا
له فهذا وفاتها ان غرض الواقف وقصده بمنزلة العلة المخصصة فكما انها تخصص
تعميم الحكم للغير موردها وافراد نفس مخصصة فكذلك الغرض وحيث انه
تعلق باتصال منفعة خاصة من العين الى الموقوف عليه وتعذر استيفائها من
العين فلا بد من شراء ما يستوفى منه مثل تلك المنفعة المقصودة تحصيلا للغرض
فتحصل من جميع ما ذكرنا ان الوقف لا يبطل بالخراب اذ ملاك البطلان هو
عدم زوال حق البطون اللاحقة وعدمه وحيث قد عرفت عدم زواله بالخراب
فيتعلق حقهم على الثمن على نحو تعلقه بالعين فلا يبطل الوقف ثم
على تقدير البطلان لا ينبغي الاشكال في انه يصير ملكا للموجودين بالخصوص فلا وجه
لتوهم عوده الى ملك الواقف لخروجه عن ملكه بتمليكه للموقوف عليه غاية الامر
انه اعتبر فيه التأبيد ومثله وقد بطل ذلك الفصل اذ ليس معنى البطلان الا ذلك
لما عرفت من ان الحال التأبيد يبقى الجنس وهو التمليك على حاله فيكون ملكا
للبطن الموجود خاصة والعجب من شيخ الجواهر قده حيث تردد في ذلك على تقدير
البطلان وان قوى اخيرا ما ذكرناه حيث قال ثم على فرض بطلان الوقف
بذلك فهل يعود للواقف او ورثته كالوقف المنقطع او للموقوف عليهم
او ورثته وجهان بل قولان من الخروج عن ملك الواقف ودخوله في ملك الموقوف
عليه بالوقف وانما منعه من البيع تعلق حق الانتفاع للثاني في البقاء في ملك

فالملك ما دام باقيا لمنفعة مع فرض خروجها بها فبطلان
الوقف بذلك يبقى مملوكا له من غير منع يتصرف فيه كيف شاء وفرق ان
خروجه عن ملكه كان على الوجه المذكور لا مطلقا مع فرض بطلان ذلك
الوجه المذكور يعود الى ملك الواقف ولعل الاول لا يخ عن قوة انتهى
وانت خبير ببطلان وجه العود الى الواقف ولا ينبغي عن مثله قده
ذكره اذ لا معنى لكون اخراج الواقف العين معلقا على وجه خاص
هو كونه منتفعا بالمنفعة لانه تعليق في الانشاء وبطلان التعليق
فيه على حد الضرورة فاخراجه عن ملكه مطلق غير مقيد بشيء فاذا بطل
التأبيد وزال حق البطون اللاحقة بالخراب فيصير العين للبطن الموجود
خاصة لان اخراجه على تقدير كونه ذا منفعة اذ لو كان كذلك يلزم
بطلانه من اصله وعدم حصول الوقف من الاول فيبقى على
ملكه لانه يعود اليه فالمتعين على تقدير البطلان صيرورته ملكا
للبطن الموجود لكنك قد عرفت ان الاقوى عدم البطلان وبقاء حق
البطون في العين المتعلق بثمنه فلا يجوز اكله هذا كله حكم اكل الثمن في
صورة الخراب واما حكمه جوازا او منعا في سائر مسوغات البيع فلا
يجوز اكل الثمن لعدم ارتفاع الضرورة الابدية الا انه يلزم نقض الغرض
ولو كان هو خلاف الاولوية كما في رهنية الاصل فهو خصوص العين
الموقوفة بان كان لها خصوصية فالخلاف فلو ابدلت بغيرها ارتفع
الخلاف فلا يجوز اكل الثمن بل لا بد من ابداله بشيء آخر لعدم تحقق الرافع
والمزيل لحق البطون اللاحقة ولو لم تكن لخصوص العين مدخلية في الخلاف

لحصوله في مطلق الوقف بنحو اكل الثمرة لا بما هو مسوغ للبيع مسوغ
لاكل ثمنه ايضا فيحصل مما ذكرناه ان الوقف الخاص تابع في صورة الخراب
فان كان مما ينتفع به البطون على نحو ما ينتفعون بالمبدل ويكون مصلحتهم
باقية في ذلك فيبقى بحاله والا ابدل بشيء آخر ينتفعون به نعم هنا
امور لا بد من التنبيه عليها الاول انه هل تتوقف وقفية البدل على انشاء
صيغة الوقف فيه ام لا بل يقع وقفا قهرا وجهان بل قولان ذهب شيخ
مشايخنا المرتضى ره الى الثاني وهو عدم الاحتياج الى انشاء الصيغة
في وقفيته نظرا الى ان نفس البدلية تقتضي ثبوت كل ما ثبت للمبدل له
ومنها الوقفية واشتراك جميع البطون فانه كما ثبت للمبدل يثبت للبدل
ايضا وقد تبع فيه الشيخ في مواضعه يترتب على البدل جميع ما ثبت للمبدل
اشتراكا واختصاصا من غير سبب جديد منها بدل الاضحية ومنها بدل
منذور التصدق ومنها بدل الارث الى غير ذلك مما يستفاد منها ان نفس البدلية
عن الشيء يقتضي ترتب جميع احكام المبدل عليه ولكنه ره اختار في باب الوقف
افتقاره الى صيغة جديدة نظرا الى ان الوقف مشروط بالصيغة فما لم
يتحقق الشرط لم يتحقق المشروط وحكي ذلك عن غيره ايضا والتحقيق ان يقال
ان الافتقار الى صيغة الوقف ان كان لترتب آثار الوقف الابتدائي على
البدل من عدم جواز البيع ونحوه من الاحكام المترتبة للوقف من حيث انه
الوقف الموضوع للاحكام مشروط بالصيغة ولا يحصل بدونها وان كان
الافتقار الى الصيغة لتعلق حق البطون اللاحقة بالبدل فهو ممنوع بل هو
متعلق لحقهم بمقتضى البدلية اشتراكهم فيها كاشتراكهم في المبدل

في المبدل ولا يحتاج ثبوت الاشتراك الى اجراء صيغة الوقف
ان شئت فاجعل ما حققناه محاكمة بين القائل باشتراط وقفية
البدل بالصيغة وبين القائل بعدمه فالاشتراط محمول على ما اذا اريد
ترتب احكام الوقف الابتدائي عليه وعدمه محمول على الثاني على مجرد شركة
البطون اللاحقة في البدل الثاني هل يجوز شراء المماثل للعين ان امكن او يجب
ام لا فيه خلاف فذهب جماعة منهم العلامة وولده والشهيد منهم الى وجوب
وجمع لفائدة شراء المماثل للعين مع كونه ... صعد الشيخ اختيار عدم الوجوب
واختاره شيخ مشايخنا المرتضى ره في المقام وان حكي عنه خلافه في باب الوقف
ثم ان هذا الخلاف لا يختص ببيع البدل بل يجري في بيع اصل الوقف
ايضا فيعتبر المماثلة بعينها في نقل البدل ايضا بحيث يكون مماثلا
لاصل الوقف كما يظهر من كتاب شيخ مشايخنا ره اختصاص الخلاف
المذكور بشراء البدل خاصة دون اصل الوقف يجب التنبه منه جواز
شراء كل شيء في الوقف وان اعتبر المماثلة في البدل ليس لي محلم وكيف كان
فمدرك الاول عدم وجود ما يقتضي لزوم المماثلة بعدما صار الثمن ملكا
للموجودين والمعدومين معا فينبغي ملاحظة مصلحتهم وشراء شيء يكون اصلح
بحالهم وهو يقتضي في ذلك شراء غير المماثل فلا يجوز شراء المماثل فضلا عن وجوبه
ومدرك الثاني رعاية غرض الواقف لتعلقه بايصال منفعة خاصة
تلك العين الى الموقوف عليه واذا تعذر ذلك من العين فشراء ما يشتمل على تلك
المنفعة منه اقرب الى غرضه وادنى الى مقصوده واورد على ذلك شيخ
مشايخنا المرتضى ره تارة بمنع الصغرى لاختلاف غرض الواقف وعدم ا

الانضباط فقد يتعلق بعين شخصية وقد يتعلق بالمنفعة وقد
يتعلق غرض بالعين وقد يتعلق بخصوص الانتفاع بثمرته فمع هذا الاختلاف [illegible]
كيف يمكن تحصيل الغرض حتى يقال ان المثل اقرب الى غرضه فالاحرى منع الكبرى بعدم
الدليل على وجوب مراعاة غرض الواقف بل اللازم نظرا الى قوله عم الوقوف
على حسب ما يوقفها اهلها مراعاة مدلول كلام الواقف فان كان الوقف (ليس الكيفية)
الكيفية المرسومة فيه واما الغرض فهو خارج عن مدلول الكلام
المرسومة في الوقف فلا دليل على لزوم مراعاته اصلا ولكن الصواب انحصار
الجواب عن هذا الوجه بالمنع الصغرى لكن لا لما ذكره من عدم انضباط غرض
الواقف لانه لا يقدح بالمدعى بعد فرض العلم بتعلق غرضه بالشيء منفعة
خاصة من العين كالسكنى مثلا وعدم انضباط غرضه لا ينافي مع حصول
القطع بغرضه الشخصي في بعض الموارد بل لعدم امكان تحصيل غرضه على سبيل
القطع في صورة الخراب اذ كل ما يتصور له غرض فانما يتعلق بالعين ما دام
كونها موجودة اذ لا نظر للواقف في حال الانشاء الى صورة الخراب اصلا
حتى يمكن تحصيل غرضه نعم لو فرض ونادر في الحال حصول القطع بتعلق غرضه
في هذه الصورة بشيء خاص فالظاهر انه لا اشكال في لزوم مراعاته لصيرورته
من قبيل مدلول الكلام اللازم مراعاته لقوله عم الوقوف على حسب ما اه فيكون بنظير
ما لو صرح الواقف في انشائه بذلك فكما ان تصريحه بان غرضه منفعة خاصة
مقتضى للزوم مراعاته فكذلك ما هو بمنزلة التصريح ومما ذكرنا يظهر انه لا مجال لمنع
الكبرى بعد تسليم الصغرى لانتفاء الدليل على لزوم مراعاة الغرض وذلك لما
عرفت من ان كل ما دل على لزوم مراعاة الكيفية المرسومة في الوقف يدل على

يدل على لزوم مراعاة الغرض لكونه من جملتها ولكنك قد عرفت ان
تشخيص غرض الواقف محض فرض لا واقع له فالاقوى عدم وجوب شراء
المماثل بل لا بد من ملاحظة مصلحة الموقوف عليهم في ذلك فربما
تقتضي شراء غيره لكونه اصلح بحالهم الثالث الاقوى جواز بيع البدل
مع عدم جوازه لكونه كالمبدل لعدم الدليل على عدم الجواز بعد اختصاص ما ورد من
الاخبار المانعة عن بيع الوقف بمورده وهو الوقف الابتدائي والبدل خارج
عن مورده وصيرورته كالمبدل ايضا لا تقتضي ترتب جميع احكام المبدل
عليه بل البدلية انما هي في خصوص تعلق حق البطون اللاحقة لا في غيره
من الاحكام الاخر فان قلت المانع عن بيع الوقف الابتدائي ليس هو الاخبار
كي يقال بانها مختصة بموردها بالوقف الابتدائي بل المانع انما هو
تعلق حق البطون اللاحقة وهو موجود في البدل كما في الاصل قلت
مستند المنع هو التعبد واما حق البطون اللاحقة فهو حكمة له في كلام الشارع
وفي انشاء الواقف لا علة حتى يدور الحكم مدارها الا ترى ان الواقف اذا
قال وقفت هذا على اولادي بطنا بعد بطن ولم يصرح بعدم البيع لا يبقى
الاشكال في جواز البيع فمناط عدم الجواز هو منع الواقف عن البيع الذي
امضاه الشارع لا تعلق حق البطون اللاحقة الرابع انه اذا لم يمكن شراء
البدل ولم يكن الثمن مما ينتفع منه مع بقاء عينه كالنقدين فهل يجوز دفعه
الى البطن الموجود ام لا بل لا بد من حفظه حتى يحصل التمكن من شراء البدل
والتحقيق ان صور المسألة ثلاثة لانه اما ان يقطع بوجود البدل بعد مدة او
يقطع بعدمه او يشك فعلى الاول لا يجوز دفعه الى البطن الموجود لتعلق حق

البطون اللاحقة عليه بعد ما كان يحصل بها الذي منفعة ولا يدري
دفعه الى الامين حتى يوجد البدل فان تأخر ولكن هنا شبهة دور تعرضنا
ان تأخير شراء البدل موقوف على تعلق حق البطون اللاحقة اذ لولاه
لما كان للزوم التأخير وجه وتعلقهم موقوف على التأخير وتسعة يمنع
توقف تعلق حق البطون على التأخير بل انما يتوقف على كون الثمن او
بدلها ماله منفعة غاية الامر ان تحقق هذا العنوان لا يتصور الا
بالتأخير فلذلك وجه في المانع عن الدفع الى البطن الموجود وهو تعلق حق
البطون اللاحقة موجود وعلى الثاني لا اشكال في جواز دفعه الى البطن
الموجود بل لو طالب وجب اجابته لانه صاحبه بعد تعذر الانتفاع
بالعين او ببدلها وعلى الثالث فالاقوى ايضا عدم الاشكال
في جواز دفعه الى الموجودين لارتفاع المانع وهو تعلق حق البطون اللاحقة
بالاصل اذ بعد ما شك في وجود ما ينتفع منه البطون الذي هو شرط في تعلق
الحق فالاصل عدم تعلق حق البطون [illegible] وخصوصها اقتضى
الثمن بالبطن الموجود هذا اذا لم يتمكن في اثناء انتظار شراء البدل من شراء
ما ينتفع به مع [illegible] واما اذا تمكن من ذلك فالظاهر لزوم شرائه ولو طلب ذلك
البطن الموجود لوجب اجابته حذرا ولا يجوز تعطيل الثمن لان في تعطيله ضرر
او تفويت نفع البطن الموجود [illegible] البايع على الفسخ لا يجعل وجود
هذا الشراء كالعدم ولا يلزم منه ضرر على البطون ايضا لان حال الثمن بعد
الفسخ كحاله قبل شراء شيء كما لا يخفى الخامس ان المتولي للبيع الوقف وشراء
بدله هل هو الناظر او الحاكم او الموقوف عليه الذي يستفاد من كلمات جماعة

جماعة تصريحا وتلويحا انه ان كان للوقف ناظر فتوليه البيع له
والا فالمتولي له هو الحاكم ومع فقده فالموقوف عليه وقد يستظهر الاجماع
على تقديم الناظر على غيره من كاشف الغطاء وهو ظاهره لانه عين
وجه بعضا التقديم على مقدمته وهي ان الناظر لا يصير ناظرا بجعل الواقف
بل صيرورته ناظرا يتوقف على قبوله فاذا قبل لزم عليه العمل بما يقتضي
نظارته عليه لان المؤمنين عند شروطهم فاذا اطلق الواقف
نظارته بحيث تشمل النظارة في البيع ونحوه وقبل ذلك فلا جرم
يكون هو المتولي للبيع ونحوه وفاء للشرط الا ان يدعى انصراف النظارة
الى غير البيع كما اشار اليه شيخنا [illegible] حيث قال الا ان يدعى
انصراف وظيفة المجعولة من قبل الواقف الى التصرف في خلاف العاملين انتهى
ويؤيد الانصراف المذكور انه لا نظر للواقف الى مثل جواز البيع للتغيير
والاحكام المعتبرة الالهية وانما نظره الى سائر التقلبات الحاصلة
في العين بالاجارة ونحوها ومع فقد الناظر فالمتولي هو الحاكم مع
انضمام البطن الموجود لا الحاكم مستقلا وان كان قد يستظهر ذلك من كلمات
الاصحاب الا انه ينبغي القطع بعدم ادلة تتم استقلال الحاكم في ذلك لعدم
مساعدة الدليل عليه حيث ان المتيقن تولية الحاكم للبيع انما هو ولاية
على المعدوم بكونه من الامور الحسبية لتعلق حق ابدا بالوقف وذلك لا يقتضي
الاستقلال في ذلك واما استقلاله في البيع فلا اذ المبيع كما يكون متعلقا
لحق المعدوم كذلك يكون متعلقا لحق الموجود ايضا ومن المعلوم انه لا ولاية للحاكم
على الموجود حتى يكون مستقلا بالبيع ومع فقده فالذي يقتضيه ظاهر النظر

تمام عود الموقوف ملكاً كما هو واضح ولا لنائب الحاكم ولا خصوصية
للموقوف عليهم الا لكونه منهم الا انه لا مجال لتوهم العدول في كلام الاصحاب
عنه ولا اثر لها انما اختصاصهم بمنفعته بالموقوف عليه نظراً الى كونه ملكاً
لهم وملكيته للمعدوم بمنزلة العدم والامر فيه سهل واما احتمال كون المتولي
هو الواقف كما احتمله في الجواهر فمبني على ما احتمله على تقدير بطلان الوقف
بالخراب من عوده الى ملك الواقف لا ان اختصاصه بملكه متعلق بحقه بعد
من منفعته وقد ابطلناه سابقاً بما لا مزيد عليه فلا يبقى وجه لهذا الاحتمال
ايضاً هذا كله في البيع واما الشراء فقد صرح جماعة بان حكمه حكم البيع
في تخصيص المتولي على هذا الجمع ما ذكرنا في البيع من تقديم الناظر على
الحاكم والحاكم على الموقوف عليهم الا ان دعوى الانصراف هنا اقوى واكثر
من دعواه ثمه بداهة ان النظارة في العين لا تقتضي النظارة في البدل بوجه
من الوجوه فلا خفاء في خروج التصرف في البدل عن وظيفة المجعول له الوقف
لانه وان امكن له المناقشة في دعوى الانصراف ثمة لانه كما هو كذلك الا انه لا مجال
للمناقشة في دعواه هنا اصلاً ودعوى اقتضاء النظارة لكون نظارة الحقوق المتعلقة
بالمبدل متعلق بالبدل ايضاً لان البدلية تقتضي تعلق جميع الحقوق المتعلقة
بالمبدل عليه مدفوع بان الحق المتعلق بالمبدل ان كان من الحقوق المالية
كحق البطون كان متعلقاً بالبدل ايضاً والا فلا وحق النظارة كحق الوصاية
ليس من الحقوق المالية بل مختص بالمبدل ولا يسري الى البدل لانها لا تقتضي تعلقه بالاول
تعلقه بالثاني الصورة الثانية صيرورة الخراب بالوقف بحيث
ولم يكن له منفعة معتد بها كالدار المنهدمة التي صارت عرصة توجر

لو اوجر لا انتفاع بها باجرة لا تبلغ شيئاً معتداً به والظاهر انه لا ينبغي
التأمل في كون حكمها حكم الصورة الاولى في جواز البيع لان المنفعة اليسيرة
وجودها كالعدم لصحة سلب المنفعة عنها عرفاً فهذه العين كالعين التي
لا نفع لها اصلاً وقد عرفنا ان حكمها الجواز فلا ينبغي عنوان هذه
الصورة مستقلاً فضلاً عن التردد في حكمها ومع ذلك فيتجه على صاحبها
ايرادان احدهما في ذكرها عنواناً برأسه بعد اختياره جواز بيع
في سابقتها مع اعترافه بصدق انعدام المنفعة عدم كونه ذا منفعة المعرفة
وان حكم الصورة الاولى مع غرض لهذه الصورة الا ان يفرق بينهما
بان محل البحث في الاولى هو ما اذا لم يكن للعين استعداد بقاء وفي الثانية
ما اذا كان لها استعداد البقاء كالعرصة ولكنه خلاف ظاهر بيان المراد
لا يدفع الايراد وثانيهما فيما ذكره من معارضة منفعة الثمن على
تقدير البيع مع منفعة العرصة والحكم بعدم الجواز في صورة المساواة
وذكر الوجوب فيما اذا كان منفعة الثمن ازيد من منفعة العرصة اذ لو كان
المناط في جواز البيع وعدمه هو انقضية الثمن عن بقاء العرصة وعدمه فيرجع
تلك الصورة الى ما لو كان البيع اعود الابقاء فيكون من فروع الصورة
الاتية على ان الامر ان الاعودية هنا انما تلاحظ بالنسبة الى الوقف
وهو العرصة اذ لو كان المناط في جواز البيع وعدمه هو انقضية الثمن عن
بقاء العرصة وعدمه فيرجع تلك الصورة الى ما لو كان البيع اعود الابقاء
فيكون من فروع الصورة الاتية على ان الامر ان الاعودية هنا انما تلاحظ
بالنسبة الى الوقف وفيها تلاحظ بالنسبة الى الانام وهذا المقدار

في انتفاء ذلك لا يوجب الفرق بين الصورتين كما ان ضم خراب البعض الى عدم
بيع العرصة لا يصلح فارقا بينهما لان الفرق في الجواز كما عرفت عنده
ناشئا عن ودنية فلا مدخلية للخراب وجودا وعدما في الجواز وعدمه كما لا يخفى
تامل وبالجملة فمع خراب الوقف بحيث سقط عن حيز الانتفاع دا سادوا ما
حكم العلامة قده في التحرير بعدم جواز بيع العرصة لو انهدمت الدار فمنزل
على ما لو كانت للعرصة منفعة معتد بها او كانت المنفعة المقصودة صح
للواقف في وقف الدار هي السكنى باقية فيها والا فيرد عليه فلا بد من تنزيل
كلام كل من حكم بالمنع في مثل العرصة او تردد فيه على الصورة الثالثة لا انها
محل الخلاف والاشكال وهو ما لو خرب الوقف بحيث سقط عن حيز المنفعة المقصودة
واما لكن له منفعة اخرى معتد بها كالنخلة المنقلعة او المنقلعة التي يمكن
الانتفاع بها في التسقيف ونحوه وحكموا في جواز بيعها مطلقا لعدم امكان
الانتفاع بها الا على هذا الوجه لان الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل وحكي
الجواز عن جماعة ايضا وظاهر شيخ مشايخنا المرتضى قده كما عن الشيخ قده بهذا
المنع عن — القول ونسب الى الحلي ره والفاضلين والشهيدين والكركي واكثر المتأخرين عن لك
ان النزاع هنا بين الشيخ والحلي لفظي حيث ان المجوز الاول صح على فرض
سلب جميع المنافع عن العين والمنع الثاني منزل على فرض وجود منفعة لها
واستحسنه والده ره في الايضاح ولكنك خبير بان حمل كلام الشيخ قده على ما
ذكره ره مخالف لصريح تعليله وهو قوله لانه لا يمكن الانتفاع بها الا على
هذا الوجه لصراحته في ان له منفعة اخرى غير ما قصده الواقف وكيف كان
فالمنع عن البيع في تلك الصورة هو الاوجه لان تقيد الاكثر الخراب

الخراب المسوغ للبيع بكونه مما لا يجدي نفعا والمفروض انها تجدي نفعا
ودخل النفع المعتنى به فيه لانها تسهم على النفع المقصود للواقف وهو سقف
هنا ايضا ووجود منفعة اخرى كالعدم ويمكن ارجاع نزاع الشيخ قده والحلي
الى ما ذكرناه لان نظر الشيخ انما هو الى انتفاء المنفعة المقصودة كما ينطق
به تعليله ره ومنع الحلي عنه انما هو لوجود منفعة اخرى وهو كاف في عدم
جواز بيع الوقف كما يفصح عنه عبارته لكن يرد على الشيخ قده اولا ان انتفاء
المنفعة المقصودة لا يجوز بيع الوقف لان تعلق غرض الواقف بايصال
منفعة خاصة الى الموقوف عليه لا يوجب خروج العين عن الوقفية عند زوالها
بل ذلك الغرض يحمل الى غرض اخر ايضا للمنفعة لانا نعلم انه ان اطلق ولا
بمنفعة اخرى في الموقوف لكان الانتفاع به بوجه اخر وامتنع العقد الغرض
ايضا كاف في المنع عن البيع وثانيا لو سلمنا ان انتفاء المنفعة المقصودة
مسوغ فان البيع انما هو فيما اذا كانت المنفعة المقصودة من مقومات
الوقف بحيث ينعدم الوقف بانعدامها واما اذا كانت من مقارناته
كوقف الدار مثلا حيث ان منفعتها الركن السكنى فلا يوجب انتفاؤها
بطلان موضوع الوقف فالاقوى عدم جواز البيع في هذه الصورة و
جوازه في الصورة الرابعة لكن يرد علينا لو التزمنا بجوازه فيها فقد صرح جماعة
منهم العلامة قده بان الدار لو خربت لا تخرج العرصة عن الوقفية مع ان قضية
ما قويناه في الصورة الرابعة خروجها عن الوقفية وجواز بيعها لو فرضنا
انها خارجة عن محل كلام الاصحاب ويمكن الجواب عن ذلك بحمل كلامهم على صورة
وجود منفعة معتد بها للعرصة او على بقاء المنفعة المقصودة للواقف

من الكتبى فيها دالامر وصدر له اصله هذا تمام الكلام فى صور الجواب
الصورة الرابعة من صور سوغ ان يكون بيع الوقف اعود لهم
وانفع للموقوف عليه من بقائه بحاله وقد نسب شيخنا دام جواز البيع
فى هذه الصورة الى المفيد ره مقتصرا عليه بحيث يظهر منه انحصار القائل به
فيه لكن حكى عن السيد القول بالجواز والعمل بالرواية المجوزة له هنا الى المحقق الكركى ره
ونقل عن كاشف الرموز انه نقل الجواز عن الثلثة وهم المفيد والسيد والشيخ قدس سرهم ثم
سلار ره وان ضعف الشافى النقل المذكور بانه اجتهاد منه وكيف كان فالظاهر
عدم انحصار القائل فى المفيد ره ويظهر ثمرة ما ذكرناه فى الاعتماد بالرواية
الواردة فى هذا الباب اذ لو لم يكن قائل بالجواز لطرح الرواية وان كانت
عالية السند لان من شرائط العمل بالرواية عدم اعراض الاصحاب عنها وهذا الشرط
يتحقق مع تعدد القائل العامل بمضمونها هذا وقد استدل للجواز بروايتين
الاولى رواية جعفر بن حنان والثانية رواية الحميرى ولا يخفى انهما ان تمت
دلالتهما على الجواز صارتا دليلا عليه فى صورة الخراب ايضا لاستلزام
خراب الوقف لا عودية البيع فيكون ذلك دليلا ثالثا للثالث لهذه الخطب
انما هو فى دلالتهما اما الاولى فيقع الكلام فيها تارة فى سندها واخرى
فى دلالتها اما السند فقد يرد عليه بضعفه بجهالة جعفر والقدح بالجهالة من
اعظم القوادح لصحة الجواب عنه كالقدح فى خلوه عن بعض علماء الرجال
انه واقفى ويمكن الجواب عنه بان وجود حسن بن محبوب فى سلسلته جابر لضعفها
لانه من اصحاب الاجماع الذين قد اجمع العصابة على تصحيح ما يصح عنه

ما يصح عنه لكن هذا الجواب انما يتم بناء على استفادة توثيق الجماعة
المروى عنهم باجمعهم الى ان يتصل السند بالامام كما هو المشهور والمختار على ما
فصلناه فى مسئلة الفضولى واستفادة وثاقة خصوص اصحاب الاجماع منها
كما قيل الا انه مع ذلك لا يخلو عن اشكال لان للمنع فى حجية مثل هذا الاجماع
مجالا مضافا الى ما فيه من عدم كون الحسن بن محبوب من اصحاب الاجماع بل هو
من جملة من صحح الكشى ره وحكم بصحة رواياته وان الاعتماد عليه يحتاج الى اثبات
دعوى شهرة وقد عرفت عدم تحققها فى المقام وعمل بعض الاصحاب كاثره لا يوجب
الاستناد اليه هذا حال السند واما الدلالة فانه قد ورد عليها بوجوه
اولها ما عن المحقق الثانى من ان مورد الرواية هو الحبس وكلامنا انما هو
بالوقف المؤبد واجاب عنه شيخنا المرتضى ره بوجهين احدهما وجود
القرينة فى الرواية على عدم ارادة الحبس وهى من حيث الامام ع للموقوف عليه
ببيعه فانه ان كان حبسا لم يجز بيعه للمحبوس عليه وعكس [illegible] عنه بان مراد المحقق ره
هو التشكيك بين الوصية والوقف فحمل الاول على الحبس ودليلها ان فلا توجه عليه
ما ذكره شيخنا الاستاد وان لم ينفع ما ذكرناه لما رامه المحقق ره كما لا يخفى
وثانيهما ظهور عنوان السؤال فى ارادة الوقف فحمله على الحبس مخالف لهذا
الظهور وثانيها ما ذكره شيخنا المختار ره من ان الرواية انما تدل على
الجواز مع حاجة الموقوف عليه لا لمجرد انفعية البيع فالجواز مشروط بالحاجة
والانفعية فلا يثبت المدعى وهو الجواز عند الانفعية خاصة وهو يرد عليه
ذكرهم فى الصورة الخامسة من ان ظاهر الجواب جواز البيع لمجرد الانفعية لهم

ذكر الحاجة في الجواب وانما ذكرت في السؤال ومنها انه ما ذكره رض
ايضا من احتمال كون المراد من كون البيع خيرا لهم مجرد الخير والصلاح لهم لا على
لا ارتكاب العامل بعلاوة الانتقال مضافا الى ان الرواية حينئذ كان اذا كان في البيع
نفع لمن ذلك انتفع في عدم جوازه وهذا مخالف للاجماع المحقق اذ لم يقل
احد بان مجرد اقتران البيع بالمنفعة يوجب جوازه ولا قائل به عملية
الاعود به لان موضوعها ما اذا كان كل من البيع والبقاء ذا صلاح ونفع
وكان البيع اصلح وانفع من البقاء وفيه ان الاحتمال المذكور لو كان
احتمالا ظاهرا في الرواية لوجب التاويل بقرينة الاجماع فضلا عما اذا لم
يكن احتمالا ظاهرا كما اعترف رض به فلا يوجب نظرا في احتمال مخالف للاجماع
ومنها ان الاستدلال بالرواية دائر بين ما هو لغو وجماعة من عدم
ظهور الرواية في المؤبد لاختصاره على ذكر القرابة والاعقاب فيحتمل
ان يكون المراد المنقطع فيسقط الرواية بالاجمال عن صلاحية الاستدلال
واجاب عنه شيخنا الماتن رض بعدم اختصاص الرواية بالمنقطع وتجرد
ذكر الاعقاب لا يصير قرينة على الاختصاص اذ يصح ان يقال في الوقف
المؤبد انه وقف على الاولاد مثلا وح فاذا كان بين المؤبد والمنقطع
فرق في الحكم فلابد من الاستفصال من الامام ع المنفصل فتركه ع للاستفصال
امارة على ارادة العموم في المقال وفيه ان ترك الاستفصال يدل
على عموم الحكم لصورتي ما لم يكن احتمال عهد او ظهور سؤال وجود
احدهما فترك الاستفصال على العموم غير دال لاحتمال العهد هنا ما
لا يكن ان ظهور السؤال في المنقطع مما لا يخفى وح فلا امارة في الرواية

في الرواية على ارادة العموم فيتعين احتمال ارادة المنقطع ثم او على المشترك
بابعد الاحتمال فتدبر ومنها ما اشار اليه الشيخ رض وهكذا صاحب الجواهر من
ان الرواية مخالفة للقواعد حيث انها تقتضي كون الثمن للبطن الاول فقط
نفس كيف يشاء ومقتضى القواعد عدم جواز تصرفهم فيه لاشتراك العين مع البطون
وقاعدة البدلية تقتضي اشتراك الثمن بينهم فالحكم باختصاص البدل
مع اشتراك المبدل محال فلا جرم تطرح الرواية المخالفة للقواعد وفيه
انه اذا بلغ من الشارع التنصيص على جواز البيع للبطن الاول وجواز التصرف
في البدل فيبطل وقفية العين بعد البيع ومعنى بطلانه كما عرفت انتفاء وصله
واسقاط حق البطون اللاحقة قبل البيع اما ما لا امتناع ترجيح احد الشركاء
في التصرف في العين المشتركة ما لم يخرج عن حد الشركة الى الاختصاص فحينئذ
الشارع تصرف البطن الاول في الثمن كاشف عن سقوط حق البطون اللاحقة
وح يقع البيع على العين المختصة بالبطن الاول فيختص ثمنها ايضا به لا ان البيع
واقع على العين المشتركة بين البطون لكي يستحيل اختصاص الثمن بالبطن الاول فكل
مورد ورد النص الشرعي على جواز اكل ثمن الوقف للبطن الاول يبطل الوقفية
قبل البيع فيقع البيع على المال المختص هذا ولكن الانصاف ان الاشكال في دلالة
الرواية متحقق فانها مجملة من وجهين احدهما ما عرفت من احتمال ارادة المنقطع و
عدم ظهورها في المؤبد ثانيهما ان قوله ع نعم الخ في الجواب لما كان راجعا
الى تمام السؤال فيستفاد منه اشتراط الجواز بامرين الحاجة المذكورة في السؤال
والانفعية المذكورة في كلام الامام ع وان كان راجعا الى خصوص قوله يجوز
فيستفاد منه مجرد الانفعية لان السؤال الذي ذكره الامام ع للجواز لا يرضى الكل

مع الانفعية وحيث يحتمل فيه الامران يكون ثبوت الاجمال مسقطا
عن صلاحية الاستدلال للجواز في صورة الانفعية خاصة نعم هذه الرواية
تدل على جواز بيع الوقف في الجملة في مقابل المبطل الكلي الذي ذهب اليه الحلي
وغيره فتكون حجة عليهم الثانية الرواية المروية في الاحتجاج عن الحميري
وهي على ما فيه منها اسقاط الطبرسي قده سلسلة سندها الى الحميري مجهولة
مقطوعة لان الناظم رواية لها عن صاحب الامر روحي عنه مع الواسطة ويرد
عليه اولا انه لا يمكن العمل باطلاق الجواب لكونه مخالفا للاجماع فلا بد من
تقييده برواية جعفر فالعبرة بها وقد عرفت ابهامها للاجمال عن صلاحية
للاستدلال وثانيا انه لا يمكن حملها على المنقطع ولا على المؤبد اما الاول فلانه
على القول بصحته حبسا لا يجوز للمحبوس عليه بيعه وكذا على القول ببطلانه
وهو ظاهر على جواز بيع الموقوف عليه واما الثاني فلمضيه الحجة ولا نعرف
جواز بيع الوقف على الامام عم وهو المؤبد ولو حمل ما جوزه على المؤبد ايضا
للزوم التناقض لعدم الفرق بين المؤبد الا في العموم والخصوص وهو غير
فارق كما لا يخفى نعم يستفاد من الروايتين هو الاوجه جواز بيع الوقف
في الجملة فتكون اصل الجواز مفروغا عنه حيث سئل عن تميز ما يجوز عما لا يجوز
فهي كالرواية الاولى دليل للجواز في الجملة رداً على المانع مطلقا فتلخص مما ذكرنا
ان الاقوى في هذه الصورة عدم جواز البيع الصورة الخامسة
لحوق الموقوف عليه حاجة شديدة فهل يجوز البيع هنا خلاف وعن الغنية
والانتصار دعوى الاجماع واستدل له بعد الاجماع المنقول بخبر جعفر
وعلي بن مهزيار وكلاهما محل مناقشة اما الاول فالاجماع [illegible] المطلوب الجواب

الجواب في كفاية الانفعية خاصة في الجواز وارجاعه الى تمام السؤال الذي يقتضي
اشتراط الحاجة والانفعية فلا ينفع لاثبات الجواز عند حصول الحاجة فقط
ودعوى ان مورد الحاجة لا ينفك عن الانفعية فيكون دليلا على التقريب
مدفوعة بان الانفعية المستفادة من الحاجة غير الانفعية المذكورة في الرواية
لان الانفعية للبيع للحاجة معناها بيع العين لاكل الثمن بها رفعا للحاجة والمراد
بالانفعية في الخبر تبديل الوقف لشيء اخر انفع من ابقائه على حالة ربما
بدون بيعه كما لا يخفى وبالجملة فالرواية المذكورة من جهة الاجمال المطلوب تسقط عن
صلاحية الاستدلال لها واما ما اورد عليه شيخنا المرتضى رض عليها ان ظاهر
الرواية كفاية الفقر الشرعي في الجواز والمدعى كما يستفاد من عبارات الاصحاب هو
الحاجة الشديدة والنسبة بينهما عموم من وجه فلا يمكن العمل بظاهرها نعم واورد عليها
لان الفقر العرفي الذي عليه الرواية ملازم مع الحاجة الشديدة اذ لا ينفك احدهما
عن الاخر عرفا كما هو واضح واما الثاني فهو منافاته على بعض الفقرات
المخالفة للقواعد اجنبي عن المدعى كان مورده الحبس وتجويز البيع فيه مع انه لا
يجوز للمحبوس عليه بيع الحبس تماما لكونه ملكا للحابس عليه وهو الوارث خاصة ولا
مانع عن البيع بعد اضطرارهم اليه بتعلق حق الغير فكيف يمكن التعدي منه
الى الوقف الذي هو مشترك بين الموجود والبطون اللاحقة فلم يبق في المسألة
الا الاجماعين المنقولين المعتضدين بالشهرة وهما مع كونهما معارضا معارضين
بالاجماع المنقول في السرائر المعتضد بفتوى جمهور المتأخرين وجماعة من
القدماء غير صالحين لتخصيص القواعد العامة القاضية بعدم جواز بيع

الوهم فالحكم بالجواز هنا في غاية الاشكال الصعوبة على ما سابقه
ان الشرط الواقع بعد عقد حاجة الموقوف عليه البيع او اذا كان فيه مصلحة
البطن الاول او جميع البطون ونحوهما على حسب اختلاف الشروط وفي الحكم بالجواز
هنا وعدمه خلاف واشكال والاصحاب رضوان الله عليهم بين مجوز كالعلامة
في الارشاد والمحقق الكركي والشهيدين في محكى وبين مانع كبعض القدماء ومن
ومستشكل كالعلامة في القواعد والتحرير وفي الايضاح وفي شرح الشرائع
جواز البيع وعدمه على ان الشرط مناف لمقتضى مقتضى العقد او مناف لاطلاقه
فعلى الاول يبطل الشرط فلا يجوز البيع وعلى الثاني يصح الشرط ويجوز البيع
البناء المذكور في محله كما لا يخفى وحيث انجر الكلام الى هذا المقام فلا بأس
بالتكلم اجمالا في اقسام الشروط المنافي لمقتضى العقد وتحرير محل النزاع فنقول
اعلم ان العلامة والمحقق قدهما ومن تأخر عنهما لم يذكروا في طي شروط صحة الشرط
اشتراط عدم كون الشروط منافيا لمقتضى العقد ومخالفا له وانما تفطن لذلك
جماعة من متأخري المتأخرين نعم ذكره من القدماء ابن زهرة في الغنية مدعيا
الاجماع عليه لكن يظهر من غير المفروض ايضا التسالم عليه في جملة من الفروع
المتفرعة عليه حيث انهم كثيرا ما يصرحون ببطلان الشروط ويعللونه بانه
مناف لمقتضى العقد كما يظهر ذلك بالتتبع اما كونه شرطا مستقلا او داخلا معا
الى شرط عدم كون الشرط مخالفا للكتاب والسنة فهو امر آخر بل قد يظهر من بعض
العبارات الاول وكيف كان فنقول شرط صحة الشروط على احد الوجهين
ما الكلام فيه تارة في بيان المراد من الشرط المنافي لمقتضى العقد وتشخيص

وتشخيص ما هو موضوع البحث ومحل الكلام بين الاعلام بحيث ينطبق عليه
الفروع المذكورة في غير المقام واخرى في اقامة الدليل على بطلان الشروط
المنافي لمقتضى العقد فنقول اولا ان مقتضيات العقد على ثلثة اقسام احدها ان
يكون مقتضى مدلوله ومفاده مطابقة او تضمنا او التزاما وثانيها
ان يكون لازما عرفيا لاطلاق العقد وما ينصرف اليه العقد عند الاطلاق
للعهد ودرك لوازم الخطاب كانصراف اطلاق العقد الى كون المبيع صحيحا او كون
الثمن حالا ونحوهما وثالثها ما يكون من الاحكام واللوازم الشرعية المترتبة
على العقد سواء كان ترتبه عليه مع الواسطة كسلطنة المشتري على التصرف
في المبيع الثابت بعموم الناس مسلطون على اموالهم او بدونها كثبوت
الخيار قبل التفرق وسقوطه بعده اما الاول وهكذا فلا ينبغي التامل والاشكال
في فساده ولا حاجة في اثبات فساده الى تجشم الاستدلال واقامة
البرهان فانه كما لا يخفى واضح وبداهته غني عن البيان وهو خارج عن
محل البحث ايضا ولا يحمل الشرط المنافي المذكور في كلماتهم عليه قطعا
واما الثاني فلا ينبغي التامل في صحته لان الخروج عن اللازم لازم
لاطلاق العقد من حيث الانصراف العرفي فلا جرم يقبل التغير بالشرط
لان الاطلاق فرع عدم التقييد فلا مسرح له معه وانما الكلام
والاشكال في الثالث وهو الواقع في الشرط المنافي الذي يجري فيه
الاوهام وكلت الافهام ويجري اختلاف كلمات الاعلام ويتفرع عليه
فروع كثيرة في غير المقام ... اذا عرفت محل الكلام فاعلم

ان القائلين ببطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد استدلوا عليه بوجوه
ثلثة الاول التنافي بينهما فيتعذر العمل بالشرط والمشروط اذ بعد ما كان اللازم
لازما لذات العقد ومقتضيه فلا يمكن الجمع بين العقد والشرط فلا محيص للازم
عن كونه لازما وهو خلف فلا بد من الحكم بالفساد جميعا او بالشرط خاصة
لانه تابع ومما حققناه في تحقيق محل الكلام ظهر ان هذا الدليل لا مساس له
بالمرام بل هو اجنبي عن المدعى في المقام لان المدعى هو الشرط المنافي للاحكام
الشرعية المترتبة على العقد ولا تنافي فيها بين مدلول العقد والشرط لان
الشرط فيها ليس منافيا للمدلول حتى يوجب التنافي وانما التنافي فيها
يرجع الى التعارض بين دليل الشرط ودليل الحكم الثابت للعقد وهذا
خارج عن مفاد الدليل هذا اللهم الا ان يقال ان الاحكام الشرعية الثابتة
للعقد ايضا مقتضيات له ومدلوله الالتزامية لان اللازم وان كان
شرعيا الا ان الملازمة عقلية فيرجع بالاخرة الى المدلول الالتزامي وفيه
منع كون الاحكام الشرعية من المداليل الالتزامية اذ المراد به هو المدلول العرفي
ولو التزاما واين هذا من الحكم الشرعي وثانيها الاجماع على فساد الشرط
المنافي اذ لا خلاف في اصل الفساد كما هو المقطوع به بل الخلاف والنزاع
انما هو في تفسير المنافي لتشخيص الصغرى وفيه انه لو قلنا فيه بالمنافي للازم
ماهية العقد فالحكم بفساده بشرط كانه به نحو مخالفة فساده لا
يحتاج الى الاجماع بل هو من البديهيات العقلية وان قلنا المنافي بما ينافي
لازم الماهية في دليل الحكم اللازم للعقد فالاجماع على الفساد ممنوع الا

الا اذا رجع الى الاجماع على فساده لكونه مخالفا للكتاب والسنة
وهو مطلب آخر فالاجماع على الفساد من حيث مخالفة مقتضى العقد في محل
المنع واما دعوى الاجماع على فساد عنوان الشرط المنافي ممنوعة لعدم ثبوت
مراد المجمعين بالشرط المنافي واختلافهم في تفسيره لا ينتج عنوان اشراطي
لا وافق منه لكون مفيد معقد الاجماع ولئن سلمنا ان الشرط المذكور
مخالف للكتاب والسنة وقد تقدم ثبوت الاجماع على بطلان الشرط المخالف
لهما اذ بعد فرض ثبوت الحكم للعقد بلا واسطة او معها فشرط خلافه
مندرج تحت عنوان مخالف الشرع ومخالف الكتاب والسنة وهذا الدليل
هو العمدة في المقام وعليه يحمل ما اتضح اثبات الخروج لموضوعه وان الشرط
ليس مخالفا لهما فيجيء له الدليل على كون الحكم ثابتا للعقد فيصير النزاع
صغرويا فيرجع الشرط المنافي لمقتضى العقد الى المخالف للكتاب والسنة
وليس على عمومه كونه مخالفا له شرطا مستقلا ولا لبطلان مخالفه دليل
مستقل اذا تحقق ذلك فينبغي اولا تأسيس الاصل في المسئلة ليكون مرجعا
في كل ما يشك في كونه مخالفا لمقتضى العقد ومن الاصل فيه الصحة او الفساد
فيه اقوال ثلثة او اربعة احدها ان الاصل هو الصحة وقد صرح بذلك
شيخ مشايخنا رحمه في باب الشروط واختاره الفاضل الجواد فيما حكى
عنه ويظهر من صاحب العناوين ايضا حيث ادعى تعديد انا تمام الشروط
المنافي لمقتضى العقد ومعها فالاحكام الشرعية المترتبة على
العقد فلا مانع من اشتراط خلافها اشتراطا على كون ارادة اعم منهما ان

كان ثابتا لنفس العقد بلا واسطة او معها ولو كان مرادهم حصر الاول
فيصير نهاية للتعارف وثانيها ان الاصل هو اللزوم وقد نسبه فاضل الجواد
الى جملة المحققين واستشهد لذلك الفاضل النراقي ره حيث استدل
للفساد بالتعارض والتساقط وثالثها التفصيل بين الحكم الوضعي
كالخيار والتكليفي كالاستمتاع مثلا بالفساد في الاول والصحة في الثاني
وربما يظهر ذلك ايضا من النراقي ره في اخر كلامه ولكن الاصل كاصالة الصحة
تارة الاصل العملي واخرى الاصل اللفظي ونعني بالاول الاصل الموضوعي
المحرز لموضوع عدم المخالفة المحكوم بالصحة في كلامه وهو اصالة عدم المخالفة
وهذا هو صريح كلام شيخ مشايخنا المرتضى ره حيث قال الاصل عدم كونه
مخالفا فيحكم بالصحة لعمومات دليل الشروط وان كان هو المخالف واقعا
لانا نعلم الا ان البناء على عدم المخالفة يكفي في احراز عدمها كما هو الحال في
جميع موارد الاصول واما الثاني وهو الاصل اللفظي فبناء على ان
الخارج عن تحت عموم دليل الشروط وان كان هو المخالف واقعا الا ان له
افراد معلومة وافراد مشكوكة فيتمسك في الثاني بالعموم كما هو الحال
في كل ما دار التخصيص بين الاقل والاكثر لان الشبهة في المقام ليست موضوعية
بل انما هي حكمية نظير اكرم العلماء ولا تكرم العالم الفاسق وشككنا في مفهوم الفسق
ودار بين مرتكب الكبيرة فقط او الاعم فيتمسك في مرتكب الصغيرة بالعموم
فان قلت ان المستفاد من دليل التخصيص للعام هو تنويع العام وكأنه
قال يجب الوفاء بالشرط الموافق ولا يجب الوفاء بالشرط المخالف فالشبهة

فالشبهة مصداقية والتمسك حينئذ بالعام ليس باولى من التمسك بالخاص
الخاص قلت كما تقدم التنويع المذكور انما يجري في الاحكام المعنوية لا في الاحكام
اللفظية فلا يوجب التنويع الموضوعي مفاد اللفظ وارتفاع عنوان العام
فالمقابلة باطلة فالمرجع هو الاصل اللفظي واما الاصل العملي الفرد
فباطل لان عدم مخالفة الشرط للكتاب غير مسبوق بالحالة السابقة
المتيقنة وان اريد به اصالة عدم جعل حكم لا يتغير بالشرط فهو وان كان
له حالة سابقة الا انه مثبت من وجهين احدهما ان اصالة عدم المخالفة
لا يثبت الموافقة وموضوع الحكم بعد التنويع هو الثاني كما يظهر من بعض
الافاضل ثانيهما ان الاصل المذكور لا يثبت كون المذكور مما يتغير
بالشرط لانه من قبيل نفي الحادث بالاصل فتامل واذا عرفت ذلك
فمقتضى الاصل اللفظي في الشروط المشكوكة هو الصحة فاعلم ان
في اصل المسئلة اقوالا اربعة الاول صحة الشرط مطلقا الا ما خرج عنه
في الفساد على وجه واختاره في الجواهر والثاني عموم الصحة لكل
الا ما خرج وهو مختار النراقي ره في العوائد والثالث التفصيل بين ما
شرع العقد لاجله كالاستمتاع مثلا في النكاح وبين غيره كالخيار
كما يظهر من بعض العلامة ره والرابع التفصيل بين ما هو لازم لتغييره
شرطا كلا وبين ما هو لازم لا لاجله عند عدم الشرط وله معنيان
احدهما ان ينظر في كل الاحكام فانه من لوازم ماهية العقد
ذلك بدليل احد هذا الجائز لا فائدة فيه اصلا اذ لا يصح الاستدلال
بالقاعدة في الموارد المشكوكة بل يرجع ذلك الوجه الى الدور الباطل

لان كون الشرط لازما للمهية على هذا الوجه فرع احراز صحته
بطلانه كما ان كونه لازما للابطال فرع احراز صحته وهو دور محال
وثانيهما ان ينظر في دليل ذلك الحكم الذي اريد ان الشرط خلافه
فان دل على ثبوت الحكم حتى مع ملاحظة العناوين الطارية فالشرط
باطل وان دل على ثبوته مع قطع النظر عن الطواري والعوارض فالشرط
صحيح وهذا الوجه حسن الا انه يرجع الى القول الاول كما لا يخفى والاقوى في النظر
هو القول الثاني لكن في لوازم المدلول شرعا واما لوازم نفس العقد فباق على
حكمها في ذيل المسئلة ويدل على ما اخترناه وجوه احدها لزوم التناقض
ويمكن تقريره بوجهين احدهما لزوم التناقض بين دليل الحكم ودليل الوفاء
بالشرط فيما نحن فيه لان النسبة عموم من وجه والمرجع بعد التساقط اصالة
الفساد وهي المراد فان قلنا المرجح بعد التساقط هو عموم وجوب الوفاء
بالعقود كما اذا تعارض خاصان تحت العام ومقتضاه صحة الشرط لانه جزء
للعقد يجب الوفاء به بمقتضى الوفاء بالعقد قلت نعم الا ان دليل صحة الشرط
عرفا بل المعارضة مع دليل الحكم بعد تخصيصه بالشرط المخالف بل
دليل الحكم وارد عليها لانه اذا اثبت الحكم لمدلول العقد كان شرط خلافه شرطا
مخالفا للكتاب فيندرج تحت المستثنى في دليل الشرط لا تحت المستثنى منه وانت
خبير بانه يرجع الى الدليل الثاني فليس دليلا آخر الا على التقرير الثاني و
هو لزوم التناقض في مفاد اوفوا بالعقود عند عدم [illegible] ملاحظة دليل
الحكم ولا الى دليل الشرط نظرا الى انه بعد دلالة الدليل الشرعي على كون الشيء للازم
لازما للمدلول ينحصر مثل اللوازم التي هي مقتضيات العقد في لوازم

ذي لوازم مدلوله فيجب الوفاء به بمقتضى العموم المذكور والشرط المنافي
لا يجب الوفاء لكونه جزء العقد وهذا غير ممكن للتناقض والوفاء بالعقد
المقيد به مستحيل وهذا التقرير يخص باللوازم الشرعية ولا يجري في لوازم
نفس العقد كما لا يخفى لكن يرد عليه ان اللوازم الشرعية ليست من لوازم العقد ولا
يشملها عموم وجوب الوفاء به لاختصاصه باللوازم العرفية والصواب هو
التقرير الاول وقد عرفت رجوعه الى الدليل الثاني فالاشكال في الشاهد
باطل بكلا تقريريه وثانيها ان الشرط المذكور مخالف للكتاب والسنة
الدال على ثبوت الحكم فيبطل لذلك لا يقال كونه مخالفا فرع عدم تخصيص دليل
الحكم بدليل الشرط لبداهة انه لو خصص به خرج عن كونه مخالفا فاثبات المخالفة
بدليل الحكم يشبه الدور لانه فرع تقديمه على دليل الشرط وهو فرع كونه مخالفا
فلك الامر بالعكس لان اثبات عدم كون الشرط مخالفا يتوقف على تقديم
دليل الشرط وتخصيص دليل الحكم وهو يتوقف على كون الشرط مخالفا للعاد
اما العكس فلا لان مقتضى نفس العموم اولا وبالذات كون الشرط مخالفا
للكتاب بالوجدان فيندرج تحت المستثنى ولا يحتاج احراز المخالفة الى امر آخر
وثالثها الاجماع كما صرح به السيد قده في الرياض لكن هذا الكلام فيما
اذا كان لدليل الحكم اطلاق او عموم شامل للعقود المشروط الخاصة واما اذا
كان مفاده حكما ذاتيا اقتضائيا غير ناظر الى الجهات الطارية والعناوين
الثانوية من شرط ونحوه فلا بل المرجع نفس اصالة الحكم على عمومه او عموم دليل
الشرط لسلامته عن المعارض فلقائل ان يقول ان الاحكام الشرعية كلها من هذا
القبيل وليست ناظرة الى جميع الجهات بل هي احكام اقتضائية لا [illegible]

ثبوت خلافها من جهة اخرى ولازمه الحكم بصحة الشرط مطلقا لا الفساد الا
انها مجرد دعوى يدفعها الوجدان لما نرى بالعيان من ان الادلة فيهما فاذا
انجر الكلام الى ذلك فلا بد من سلوك الدعوى بل البناء على الدلالة على نفس العقد
كما ارجع اليه المحقق الكركي وغيره فقد يظهر به الابطال وقد يظهر به الاهمال
هذه الجملة في الاحكام الشرعية المرتبة على مدلول العقد اي ما كان العقد
طريقا اليها واما ما يترتب على نفس العقد وكان سببا له فظاهر الحال ان لكل
موافقتها له في الحكم وظاهر عنوان مخالفة مقتضى العقد اختصاصها
بالاول الا ان المستفاد من كلماتهم ان المراد بالمقتضى هو الحكم الشرعي الثابت
للعقد والذي يسهل الخطب ان هذا العنوان ليس موضوعا للحكم لما عرفت من
ان موضوع الحكم هو المخالف للكتاب والسنة وان المخالف لمقتضى العقد ايضا
راجع اليه فلا بد من ذكر الميزان لمخالفة الكتاب والسنة لانا نحتمل حيث نرى اجماعهم
في جملة من الفروع على بطلان الشرط لكونه مخالفا للكتاب والسنة وفي جملة اخرى
على صحته لكونه موافقا لهما واصلا نرى في جملة ثالثة في الصحة والفساد
ومنشأه اختلافهم في كونه موافقا او مخالفا ولذا ذكروا الموازين المختلفة
لتميز الموافق من المخالف فنذكر جملة منها مع الاشكالات الواردة عليها ثم
نعقبها بما هو المختار من الميزان فنقول المستفاد من كلماتهم في بيان الميزان امور
منها ما ذكره سيد الرياض قدس سره في الاستدلال على فساد الشرط المنافي لمقتضى
العقد بكونه مخالفا للكتاب والايراد عليه بانه يحتمل للاجماع على صحة جملة من
الشروط من ان المراد بالمخالف للكتاب هو ما خالف اصل الشرع لا ما خالف
مقتضيات العقود فكل ما ثبت باصل الشرع لا يجوز شرط خلافه وكل ما ثبت

وكل ما ثبت لاصل العقد فيجوز تغييره بالشرط مثلا حلية شرب الماء
ثابت باصل الشرع فشرط ترك شرب الماء مخالف للشرع والخيار مثلا
ثابت لاصل العقد فلا يضر شرط سقوطه مخالفا للشرع ويرد عليه انه لا يعلم
ما ذكره لانه لا اصل لدعوى الاجماع حمله على العهد صار الاشتراط لو حمل على
العموم وهذا المحذور وارد على ما ذكره ره ايضا للاجماع على صحة شرط بعض
خلاف بعض ما ثبت باصل الشرع كترك الانتفاع بماله في يوم او يومين مثلا
مع ان جوازه ثابت باصل الشرع لقوله ص الناس مسلطون على اموالهم ولا
ربط له بالعقد والاجماع على فساد شرط خلاف بعض ما ثبت من العقد كالولاء مثلا
فلو قيل انه خرج ذلك بالاجماع فيبقى عليه انه خروج عما ذكره من الميزان
منافيا لما بني عليه الامر بالعيان والا لزم الاخذ بعمومه ثم الالتزام بخروج
ما خرج بالاجماع فلا داعي على حمله على العهد ومنها ما ذكره المحقق
القمي ره في مجلد رسالته المستقلة وهو مبني على مقدمة وهي ان الاحكام
الشرعية لا تتعلق بالجزئيات بل انما تتعلق بالكليات فالحكم الشرعي مثلا
وهو حرمة شرب الخمر انما حرمة هذا الفرد المخصوص حرمته فليس حكما شرعيا و
كذلك الحكم الشرعي هو اباحة التزويج واما اباحتها بالنسبة الى موضوع خاص
وامراة بخصوصه فليس بحكم شرعي واذا عرفت ذلك فنقول ان الشرط المخالف
للشرع هو ما اذا كان الشرط امرا كليا ثابتا بشرط علميته ترك التزويج مثلا
واما لو كان حكما جزئيا كان الشرط عدم التزويج بامراة معينة مثلا فلا باس
بل بعدم كونه من الشرط المخالف للشرع واورد عليه بعض الاعلام اولا بان

العرف لا يرى عاما فيهما فصدق المخالف هو المدار لا الاصطلاح في معنى
الحكم الشرعي وثانيا بان الحكم الشرعي وان كان كليا الا انه يرجع الى جميع
الافراد والجزئيات المندرجة تحته فاذا كان مطلق الشرط مخالفا للشرع
فيكون الشرط والشرط المخالف الذي هو من افراد ذلك الكلي مصاديقه
ايضا فلا لا فعود للمحذور وثالثا بان الحكم الجزئي كالشرط الخاص
مثلا كما انه ليس بحكم شرعي كذلك الاحكام المتعلقة باشخاص المكلفين ايضا
ليست احكاما شرعية وانما الحكم الشرعي هو الذي يتعلق بنوع المكلفين لان
الكلية ملحوظة فالحكم الشرعي من حيث المتعلق ومن حيث المكلف مطلق الشرع
في حق شخص ليس حكما شرعيا فلازمه لجميع الشروط ولو كان امرا كليا لانه
جزئي بالنسبة الى الحكم الشرعي كما عرفت ان الشرط المخالف للشرع وجها
ما ذكره الفاضل النراقي ره وهو قريب مما افاده شيخ الاواخر في الجواهر
ومحصله ان الشرط المخالف عبارة عن الشرط المشرع لا شرط الفعل او الترك
وحاصله ان مفاد الشرط ان كان حكما شرعيا كالولاء مثلا والارث ونحوهما
من الاحكام الوضعية فهو مخالف للكتاب وان كان فعلا او تركا فهو موافق له
واورد عليه ولده الفاضل فيما افاد بانه منقوض طردا وعكسا اذ رب شرط
هو حكم جائز بالاجماع كشرط الخيار ثبوتا في العقد اللازم وسقوطا في عقد
الخيار ورب شرط فعل ليس بسائغ بالاجماع كشرط فعل الحرام او ترك
الواجب واجاب عن الثاني بان فساده ليس لاجل مخالفة الكتاب بل لجهة
اخرى وهي لزوم المعارضة بين دليل الشرط ودليل الحرام او الواجب والنسبة
عموم من وجه فيرجع بعد التساقط الى اصالة الفساد او يرجح الثاني بالاجماع

بالاجماع مدفوع بان هذه المعارضة موجودة بعينها في المباحات ايضا
والجواب بان المعارضة وان كانت حاصلة في الكل الا ان دليل الحكم يرجح
في الحرام والواجب بالاجماع ودليل الشرط في المباح بالاجماع وهذا يوجب
سقوط البرهان وكون المرجع بالاخرة هو الاجماع هذا ولكن يمكن الجواب عن
هذين النقضين اما عن الاول فبان شرط الخيار راجع الى شرط الفعل
اما في طرف الثبوت فلرجوعه الى شرط الاقالة وهو فعل ما كان جائزا بدون
الشرط فيصير لازما على المشروط عليه وهو من عليه الخيار ومآله الى اشتراط ايجاب
الاقالة والفسخ لو اراد ذو الخيار ذلك فيجب على من عليه الخيار قبول الاقالة او
رضاه بل لا يتوقف على الاقالة لانه لا يتحقق الا برضا الطرفين ومن المعلوم ان الفسخ
لا يتوقف عليه بل يحصل بمجرد فسخ ذي الخيار وان لم يرض به صاحبه لانا نقول
ان الشرط مسقط للابتناء على التأثير وليس مخالفا لقصد مجرد حكم تكليفي فاذا وجب
عليه القبول ولم يقبل وتخلف عن الشرط اثر الشرط اثره وصح الفسخ وسقط فعل
المشروط عليه عن التأثير بالمرة واما في جانب السقوط فلارجاعه الى ان مآله
الى شرط ترك الفسخ وهو فعل كان جائزا له بدون الشرط فيجب عليه تركه بالشرط
واما الثاني فبان نفي ولا انه خرج بالاجماع بحيث لولاه لقلنا بجوازه ايضا
بمقتضى القاعدة وثانيا ان فساده لاجل مانع آخر وهو كونه محللا للحرام فانه
مفسد اجماعا وثالثا ان الشرط المخالف ليس منحصرا في شرط الحكم بل اعم منه و
من شرط الفعل والترك فشرط المنافي للشرع ما ليس مشروعا ولا محللا
للحرام ونسبة الشرط المخالف للشرع والمحلل للحرام هي العموم والخصوص فان
الثاني اخص من الاول لكن هذا الجواب لا يناسب مذاق النراقي ره لانه جعل

وعدم دخوله في اشتراط القدرة اشبه شيء بالاجتهاد في مقابل النص والاجماع
اما النص ففي موضعين احدهما ما ورد في قضية بريرة من اشتراط عدم الولاء
حيث ان الامام عم حكم ببطلانه معللا بانه شرط مخالف للكتاب فان الشرع
ان الولاء حكم شرعي لا مساس له بالفعل وثانيهما ما ورد في بعض الاخبار
استثناء شرط الا رث من الشروط الصحيح معللا بانه مخالف للشرع ومن المعلوم
ان الارث وجودا وعدما حكم شرعي واما الاجماع ففي موضعين ايضا احدهما
اجماعهم على دخول شرط النتايج تحت هذه القاعدة حيث حكموا بتصحيح بعضها
وفساد جملة منها واختلفوا في طائفة ثالثة وعللوا الاول بانه موافق للشرع
والثاني بانه مخالف له نظرا الى اتحادها في الباب بخصوصه مع ان النتايج
كلها من قبيل الاحكام لا الافعال وثانيهما اجماعهم على ان شرط الوصية داخل
تحت هذه القاعدة ثبوتا وسقوطا واما في الثالث فلان دليل الشروط
هو قوله عم المؤمنون عند شروطهم ليس مفاده منافيا للتكليف بل لبيان
الوضع ومفاده الشرط فالاستثناء عن ذلك يقتضي فساد الشرط المخالف
للشرع ولا يلزم منه صيرورة الاستثناء منقطعا لعدم تنويع الحكم التكليف
بالوفاء الا انه ملحوظ بالنسبة الى الآثار المترتبة على الصحة كما هو الحال في شرط
النتايج وكيف كان فدعوى خروج شرط الحكم عن القاعدة المذكورة ودخوله
في شرط القدرة باطلة وههنا ما ذكره في العناوين حيث انه بعد ما اخرج
شرط الحكم عن تحت القاعدة لما رواه ان المراد بمخالف الكتاب والمحلل للحرام هو
شرط فعل الحرام او ترك الواجب والمراد بالموافق هو شرط فعل المباح او تركه
فخروج بعض الافعال المباحة كترك التزويج والتسري وترك الاستمتاع بالمرأة

الشرط المحلل ايضا عبارة عن الشرط المشروع بان يكون المشروط عليه الحرام
لا مجرد فعله شرعا وكيف كان فالشروط الفاسدة اما المشرع او المحلل للحرام
بقي بعد اخراجهما شرط المباحات والمندوبات والمكروهات فان كان
كان شرط فعل الحرام او ترك الواجب محللا للحرام فشرط المباح ايضا محلل
محرم للحلال وقد وقع الاستثناء منه ايضا في النص في المحذور مشترك الورود
فلذلك هذا الاشكال لا مساس له بالمقام ويندفع عند التعرض لبيان
الميزان المختار فانتظر هذا وقد يورد على الميزان المذكور اولا بما في العناوين
من ان شرط الحكم لغو صرف اذ لا معنى لاشتراط حلية شرب الخمر مثلا مع كونه محلل
عليه الاخبار وثانيا بما فيه ايضا من ان شرط الحكم امر غير مقدور وبعض في جملة
الشرط كون المشروط مقدورا فبطلانه ليس لمخالفة الكتاب بل لما ذكرنا انا
بما ذكره شيخ مشايخنا المرتضى رض من ان شرط الحكم خارج الى خروجه عن تحت
القدرة بالاخبار ومتعلق الشرط لا بد ان يكون مقدورا خارج عن
ما في الاخبار لان الاستثناء المذكور فيها يصير منقطعا وهو خلاف
الظاهر منه اذ البين ان المستثنى منه هو الشرط المتعلق لوجوب الوفاء والمستثنى
الشرط المشروع لعدم قابليته للوفاء فيصير بهذه منقطعا وفي الكل نظر
اما في الاول فلان شرط الحكم المحكوم بالفساد هو ما يتعلق به غرض العقلاء
وهو في الاحكام الوضعية الا التكليفية فشرط حلية الخمر خارج عن مقاصد العقلاء
فلو فرض اشتراطه في مورد يحكم بفساده بحكم القاعدة المذكورة واما
في الثاني فلقيام النص والاجماع على دخول شرط الحكم في عنوان الشرط
المخالف للشرع فالحكم بخروجه عن تحت قاعدة الشرط المخالف للكتاب ودخوله

ثانياً انما هو بالاجماع وما ثبت جبره بانيه من الضعف لما تخيلوا من فساد ما ذكره
لبيان ما ذكره من الاجماع بل لو كان فانما هو بمقتضى القاعدة وعلى طبقها ومنها
ما نسب الى بعض الاعلام وهو عكس ما ذكره في الرياض من ان التكليف ان كان من اشباه
من الوضع بان كانت الاباحة من مقتضيات العقد والاحكام المدلول له فهو لا يتغير
بالشرط لانه مخالف لمقتضى العقد او الشرع وان كان حكماً شرعياً مستقلاً ثابتاً
باصل الشرع كاباحة شرب الماء ونحوه فيتغير بالشرط وفيه مضافاً الى ما مر
من انه بلا شاهد منصوص اما الاول فيشترط الخيار ثبوتاً وسقوطاً واما الثاني
فيشترط عدم الانتفاع بالدار اساساً وغيره ومنها ما ذكره شيخ مشايخنا
قده من ان دليل الحكم لو كان مثبتاً للحكم ذاتاً لا نظر له الى العناوين الطارية
كالمباحات فشرط خلافه موافق للشرع لان الشرط مما يغير موضوع الدليل
كتغيره بواسطة عروض عنوان لمقتضية اقالة الفقراء واطاعة الوالدين ونحوها
وان كان الحكم من لوازم المقتضيات كان له دليلية اطلاق وعموم ناظر الى جميع
الجهات فشرط خلافه مخالف للشرع كدليل الواجبات والمحرمات وفيه ان
مقتضاه خروج شرط الحكم عن القاعدة راساً وقد عرفت انه مخالف
للنص والاجماع وثانياً ان هذا الميزان يحتاج الى الميزان اخر لتوقف الحكم
بالمضي والفساد في كل مورد على ان يثبت من الخارج انه حكم ذاتي او مطلق ولاه
فائدة في الميزان المذكور وان كان مراده ره ان دليل الحكم في جميع الموارد مهمل
لا نظر له الى الجهات الطارية الا في الواجبات والمحرمات فيرجع ذلك الى مقالة
صاحب العوائد ره من جواز شرط المباح فعلاً او تركاً فيرد عليه النقض بما ورد
في جملة من الاخبار من عدم جواز الحلف على ترك شرب العصير المباح معللاً

بسم الله الرحمن الرحيم

معللاً بانه تحريم للحلال مع انه ليس كسائر المباحات في كونه حكماً ذاتياً
قابلاً للتغير والقول بانه خال بالنسبة الى ساير الجهات الملزمة كالمفسدة
ونحوها ومطلق بالنسبة الى الشرط شطط من الكلام فالميزان المذكور
ايضاً غير مطرد ومنها ما ذكره النراقي في الثالثة في الشارح
فانه بعد طول الكلام والنقض والابرام في المقام فيما ذكره العلماء الا
الاعلام قال الذي يختلج بالبال على وجه سالم عن النقض هو ان الشرط
اما حكم من الاحكام او فعل من الافعال وعلى الاول فالحكم اما ان يكون
بحقيقة الزام المكلف وليس له سبب خاص كاشتغال الذمة بمبلغ معين
فانه يكون فيه الشرط ولا يحصل به كالطهارة والنجاسة والزوجية
الحرية ونحوها وعلى الثاني فلا يخلو اما ان يكون المشروط فعل الحرام
او ترك الواجب او يكون امراً مباحاً فعلاً او تركاً فهذه اقسام اربعة
ويصح الشرط في قسمين منها احدهما تعلقه بالحكم الذي يكون حصوله
الشرط وثانيهما تعلقه بالفعل المباح ويبطل الشرط في القسمين الاخرين
اي ما تعلق بالحكم الذي لا يحصل بنفس الشرط او تعلق بالواجب او الحرام
فعلاً او تركاً انتهى بعد يبدأ وهذا الميزان كسائر الموازين حسن في الجملة الا
انها باسرها لا يروي الغليل ولا تشفي العليل في الذي يساعده النظر
القاصر بحيث لا يرد عليه شيء من الجهاد هو ان الشرط اما حكم او فعل فان
كان حكماً كالاحكام الوضعية المتعلقة بها اغراض العقلاء من الارث و
الولاء والعقود الوضعية ونحوها فالشرط فاسد مطلقاً من غير استثناء لانه
مخالف للشرع الدال على ثبوته وهذا هو المراد بالشرط المشرع ولا نقض
له بالشرط الارث في المتعة والخيار سقوطاً وثبوتاً وبعض النتائج

وينبغي الجواب عنها بحيث لا يبقى للمتفقه بها اشكال وان كان فعلا
من الافعال فهو خارج عن قاعدة مخالفة الكتاب الا اذا جعل المخالف
الراجع من المحلل والمحرم فلا باس به وكيف كان فيرجع في شرط الفعل الى
قاعدة شرط المحرم او المحلل وحرمة المشروط ان كان فعل الحرام او ترك
الواجب فالشرط فاسد لانه محلل للحرام وان كان من المباحات فان
تعلق الشرط بتركها فيفسد الشرط ايضا لانه محرم للحلال كما ورد في النص به
ايضا وان تعلق بفعلها صح الشرط اذ ليس محللا للحرام ولا محرما للحلال
بل انما هو ايجاب للمباح ولم يقع الاستثناء منه في الاخبار فان قلت
ان ترك المباح جائز فاذا اشترط فعله فيصير الترك حراما فيكون الشرط
من قبيل المحرم للحلال قلت الحكم الشرعي وهو الاباحة لا يتعلق بالترك
بل المباح هو الفعل وان انتزع منه جواز كل من الفعل والترك لانه
انتزاع عقلي كالحكم الشرعي فلا يلزم تركيب الاباحة من الحكمين الشرعيين المتضادين
وبطلانه واضح فان الاباحة كسائر الاحكام انما يتعلق بالفعل فان قلت
هذا منقوض بترك الواجب فان تركه ليس حراما شرعيا لان الوجوب ايضا
لا يتعلق الا بالفعل كالحرمة وحرمة ترك الواجب عقلي لا شرعي فيلزم
خروج شرط تركه من تلك القاعدة قلت مضافا الى وضوح الفرق
بينهما حيث ان النهي عن الترك لازم جلي للامر بالفعل حتى ادعي فيه
العينية ومضافا الى امكان ارجاعه الى عكس القضية وهو التحريم
الحلال لان الحلال اعم من المباح فيصدق على شرط ترك الواجب تحريم
الحلال لانه فرد من غيره فانه لان بطلانه ضروري وان كان من جهة اخرى
لكن ما ذكرنا من فساد شرط ترك المباح انما هو فيما اذا ثبتت الاباحة

الاباحة باصل الشرع فهو قوله تعالى احل لكم الطيبات واما مجاري اصالة
البراءة العقلية فيجوز الشرط فيها فعلا وتركا اذ ليس فيها تحريم الحلال ولا تحليل
الحرام لان مفاد ادلة البراءة عقلية كانت او نقلية هو مجرد نفي العقاب
وعدم الحرج في الفعل واين هذا من الاباحة الشرعية فليس في مجاري البراءة حكم
شرعي اصلا فالحاصل ان هنا مقامات خمسة احدها ما تعلق بالاحكام
الوضعية وهو فاسد لانه مخالف للشرع واما اشتراط الحكم التكليفي فيرجع ايضا
الى عدم كونه مقدورا فانه خارج عن اغراض العقلاء ثانيها شرط فعل
الحرام او ترك الواجب وهو ايضا فاسد لانه محلل للحرام ثالثها ما تعلق
بالافعال في مجاري البراءة الاصلية فلا مانع عن الشرط فيها فعلا او تركا
رابعها ما تعلق بالافعال في مجاري اصالة الاباحة فيفصل فيها بين
شرط الفعل والترك ويحكم بالصحة في الاول دون الثاني اما الاول فلعدم
المانع بعد عموم دليل الشرط واما الثاني فلانه تحريم للحلال خامسها
شرط الترك في مجاري البراءة اذا كان فعله من الاسباب وهذا ايضا فاسد
لكونه مخالفا للكتاب فان شئت ادراج شرط المحرم والمحلل في مخالف
الكتاب فلا باس به اذا تحقق ذلك فلا باس بالاشارة الى النصوص الواردة
الواردة على المقامات الخمسة توضيحا للمرام فمما اورد على المقام الاول وهو
شرط الحكم امور منها شرط الارث في المتعة فان المشهور بين محققي
المتاخرين جوازه مع انه مخالف للشرع الدال على عدم التوارث فيها لولا
الشرط ولذا استشكل عليه شيخ الاماجد في الجواهر بان هذا الشرط لو صح لزم
صحة شرط ارث الاجنبي ايضا لان الدليل الدال على عدم التوارث في المتعة

بصيرها كالاجنبي وايضا لزم صحة شرط الارث في عقد اخر غير عقد المتعة
مع انهم لا يقولون به وايضا لازم صحة الشرط ولو كان المشروط هو
الثلث او النصف لان هذا الارث ما جاء من قبل الكتاب بل انما ثبت
من الشرط الذي في ضمن اشتراط الربع او الثمن وبين الزائد والناقص
وبطلان الثاني واضح بالاتفاق فكيف يمكن ذلك مع مخالفة شرط الارث
للكتاب وعدم تغيره بالشرط والجواب عنه انه على القول بصحة شرط الارث
فهو شرط موافق للكتاب بعد ذلك لدلالة الكتاب على ثبوت الارث بين الزوج
والزوجة محكم دائمة كانت او منقطعة لعموم قوله تعالى وللنساء نصيب مما
ترك الا انه خرج عن تحته المنقطعة لجميع حالاتها الثلثة اعني حالة عدم الشرط
وحالة شرط الارث في نفس العقد وحالة شرطه في ضمن عقد اخر لما دل
من الاخبار المطلقة على تخصيص الكتاب بذلك وقد خرج عن تحت هذا المخصص
مخصص اخر موافق لعموم الكتاب بصورة واحدة وهي الثانية من الثلث لمكان
خبر ... صحيح محمد بن مسلم الدالين على ثبوت التوارث في المتعة
اذا اشترط ذلك في العقد فيثبت لصورة ان الاخريان تحت اطلاق
المخصص الاول فبعد التخصيص الثاني صار الارث المتعلق للشرط موافقا
للكتاب اذ لا بد في احراز الموافق والمخالف له من ملاحظة جميع القراين والمخصصات
الداخلية والخارجية ومن هنا يظهر اندفاع نقوض الثلث لبقاء الجميع
تحت الاخبار المخصصة للكتاب كما لا يخفى كما ظهر ايضا ان شرط ارث احد
الزوجين بخصوصه دون الاخر مخالف للكتاب لان الموافق له انما هو شرط
التوارث بينهما وبالجملة فالقائل بصحة مثل هذا الشرط يجعله من الشروط
الموافقة للكتاب بالتقريب المذكور فلا نقض ومنها شرط الخيار

كذا الظن [illegible] الارث

شرط الخيار ثبوتا وسقوطا ويشكل هذا الشرط بجهته والجواب عنه يعرف
مما سبق من رجوعهما الى شرط الفعل لا الحكم اما شرط ثبوته فلرجوعه الى
شرط الاقالة واما شرط سقوطه فلوجهين احدهما ما مر من ان رجوعه الى
شرط ترك الفسخ وقد ينافيه بمقتضى ما مر في الميزان من ان شرط ترك
الحلال المحرم للحلال فيفسد ح ويمكن الجواب عنه بانه من مجاري البرائة لا
الاباحة لان مفاد قوله عم البيعان بالخيار هو الحكم الوضعي لا التكليفي
الا ان يقال ان الاذن بالاخذ بالفسخ مستفاد منه ثانيهما ان رجوعه الى شرط الفعل
دون الترك لانه عبارة عن شرط اسقاط الخيار وهو موقوف بل للاسقاط
والاسقاط فعل لا ترك نعم لو كان ثمرة شرطه سقوطه بنفسه وان لم يسقط
لان الشرط يوجب سقوط اثر الفسخ فلا يؤثر فسخه ولم يسقط خياره و
فسخ العقد ومنها شرط الضمان في العارية حيث قام النص والاجماع
على صحته مع انه مخالف لما دل على عدم الضمان في الامانات فصار شرطا
مخالفا للكتاب واجيب او يجاب عنه بوجهين احدهما رجوعه الى شرط
الفعل وهو دفع البدل والغرامة عند التلف اذ لا معنى للضمان الا ذلك لكن
يشكل الامر في الوديعة لبطلان شرط الضمان فيها اجماعا مع ان مقتضيه
ما ذكر صحته فيها ايضا ولو اجيب عنه بخروجه بالاجماع لان صحة الشروط الموافق
قابلة للتخصيص وليس مثل الشرط المخالف في عدم القابلية له لا شكل الامر
ح في الاجارة حيث انه لا نص بصحة شرط الضمان فيها لانه موافق للكتاب
الا انه مخالف للمشهور والالتزام صعب ... يدعى ان شرط الضمان
على ضمني احدهما شرط الفعل وهو التغريم وثانيهما شرط الحكم وهو

للشرع [illegible]

وهو الضمان والاجماع على الصحة في العارية انما انعقد على الاول دون الثاني والمشهور على الفساد
في الاجارة على الثاني بدعوى انه مخالف لمقتضى العقد لكن الشروط كلها على نحو واحد
فالصواب هو الجواب الثاني وهو ان شرط الضمان في العارية شرط حكم لا شرط
فعل لكنه موافق للكتاب لان مقتضى عموم على اليد هو الضمان مطلقا خرج عنه
الامانات مطلقا وخصصت بالعارية اذا شرط في عقدها الضمان من جهة
النص والاجماع الناهض على الضمان اذا اشترطاه فهو بعد التخصيص الثاني
باق تحت قاعدة اليد فيصير موافقا لا مخالفا ويحكم في الوديعة بفساد شرط
الضمان لانه مخالف للكتاب وكذلك في الاجارة لمنافاتها في القاعدة المذكورة
ومن هنا ظهر الفرق بين ما اخترناه من الميزان وبين ما ذكره شيخنا الاستاذ
لانهما متعاكسان في النقض فالضمان في العارية نقض علينا لا عليه
وفي الوديعة والاجارة نقض عليه لا علينا لكن الخطب في الموارد الاجماعية
سهل وانما تظهر الثمرة في الموارد الخلافية حيث ان مقتضى المختار هو الحكم بالصحة
في جميع الامور والفروع الخلافية ومقتضى ما ذكره هو الحكم بالفساد فيها
باسرها لما بني عليه من عدم كون الاحكام من لوازم الماهيات ومن هنا ربما
يشكل الامر عليه في شرط الضمان في الاجارة حيث ان لازم مذهبه هو الصحة
مع ان الفساد فيها هو المشهور والالتزام بمخالفة المشهور ليس من دابه واما على
ما اخترناه فلا اشكال لان حكم المشهور بالفساد موافق للقاعدة هذه جملة
من النقوض الواردة على المقام الاول واستقصاء الفروع متعذر وفيما ذكرنا
غنى وكفاية للمتتبع المتبحر واما النقوض الواردة على شرط غير الحكم
فعلا او تركا فيرد على الثاني وهو شرط الترك امور منها شرط عدم

عدم البيع وعدم الهبة حيث قام النص والاجماع على فساده فيما اذا
باع الامة وشرط عدم بيعها ومقتضى القاعدة جوازه لان الشروط
وان كان من الامور العدمية الا انه من مجاري البراءة ومع ذلك يثبت صحة
الشرط فيها واجيب عنه بوجهين احدهما انه شرط مخالف لمقتضى العقد
عرفا وقد تحقق فيما سبق فساد الشرط في مثله وذلك لان المفهوم من
الملكية عبارة عن سلطنة المالك على جميع انحاء التصرفات في ملكه
واهمها البيع فشرط عدمه مخالف لمدلول العقد عرفا فلا يبطل لانه
من جهة كونه مخالفا للكتاب او محرما للحلال وثانيهما انه وان كان
مجرى البراءة الا انه لا يصح مخالف للكتاب اعني قوله سبحانه احل الله
البيع لان صحة البيع شرعا الثابتة بالكتاب تنافي شرط تركه
المقتضي للفساد وح فلا يدفع بجاري البراءة ايضا ولا حظ عدم
صدق مخالفة الكتاب لا يبطل لذلك وان لم يكن فيه تحليل حرام و
ومنها شرط عدم الوطء اما مطلقا او في خصوص المنقطعة حيث دل
النص على جوازه مع انه صالح شرعا لقوله تعالى احل لكم ليلة الصيام
الرفث ونحوه مما دل على اباحة الوطء تكليفا فهو شرط تحريم الحلال
وثبت جوازه بالنص والجواب عنه رجوعه الى شرط الفعل وهو
الامساك والكف عن الوطء فهو شرط فعل لا شرط ترك لا يقال ان هذا
يجري في جميع الشروط التركية فيلزم جواز الكل لانا نقول ان الشروط
انما هو الترك والعدم ولكن اذا ورد النص على جواز الشرط فيحمله
على الامساك الوجودي صونا للقاعدة المحكمة المسلمة عن التخصيص والانخرام

ثم انه هل يفصل بين الشقين بالوطي فيصح اشتراط تركه ام لا
وجهان من خصوص مورد الدليل المجوز ومن اتحاد المناط بل وجود
الاولوية وشبهها شرط عدم اخراج الزوجة عن البلد حيث دل النص
على جوازه مع كونه محرما للحلال والجواب عنه ايضا كما تقدم وهل يلحق
به اشتراط عدم اخراجها عن المسكن وجهان من اختصاص النص بالبلد
ومن اتحاد المناط وقد يورد النقض ايضا بشرط عدم الاستمتاع في
مدة معينة حيث ادعي الاجماع على صحته مع انه محرم للحلال وفيه منع الاجماع
اولا ومنع بطلان مخالفته ثانيا لانه انما نشأ عن القاعدة لا عن نص تعبدي ولا
باس بمخالفة مثل هذا الاجماع اذا اقتضاها القواعد وقد عرفت ان
مقتضى القواعد هو فساد شرط العدم في موارد اصالة الاباحة واما
شرط الفعل فقد يورد عليه النقض بشرط البيع والعتق والوقف ومن يشكل
الحكم بالصحة فيها لا للزوم الدور كما ذكره العلامة قده في شرط بيعه على
البائع بل لكونه مخالفا لمقتضى العقد حيث ان مقتضاه الملكية والسلطنة
وشرط البيع كشرط عدمه ينافي السلطنة لتساوي نسبة السلطنة الى كلا
الطرفين والجواب عنه بمنع بطلان الشرط فيها والاشكال المذكور مدفوع
وقياسه بشرط الترك باطل لان شرط الفعل غير مناف للسلطنة بل
هو مؤكد لها بخلاف شرط الترك فانه مناف للسلطنة على الفعل و
يتضح الفرق بينهما بملاحظة ما ذكرناه في شرط الحرام من ان اشتراط
ترك المباح محرم دون اشتراط فعله والسلطنة ايضا كالاباحة في
تعلقها بالافعال لا بالتروك ولا بهما معا اذ ليس في كل فعل سلطنتان

سلطنتان احدهما على الفعل والاخرى على الترك بل سلطنة واحدة تتعلق بالفعل
وان يستلزم ذلك عقلا تساوي نسبة الفعل والترك اليها هذا ثم انه
لو توجه نقض على شرط الفعل بان ثبت فساده فالالتزام بالتخصيص فيه سليم
عن المانع لان الشرط الموافق غير المحرم والمحلل قابل للتخصيص اذا عرفت
ذلك كله فلنرجع الى ما كنا فيه وهو جواز بيع الوقف اذا شرط الواقف و
قد ظهر مما ذكرناه وجه دخول المورد في الجواز المذكور لو لم نقل كلما
يقتضي فساد هذا الشرط اما البطلان الذي ذكرناه فلما عرفت من ان مقتضاه
بطلان جميع الشروط المخالفة للاحكام الشرعية المترتبة على العقد بل ربما يقال
ان شرط البيع مخالف لمقتضى عقد الوقف بحيث يكون من قبيل التناقض
لان المنع عن البيع من مقومات مفهوم الوقف فان قلنا انه حكم من احكامه
ليس من لوازمه فلنا ان نقول انه محلل للحرام ومخالف للكتاب لما دل من الاخبار على
المنع من بيعه واما على مبنى الشيخ من انه [illegible] فلان دليل المنع عن البيع
عمومات واطلاقات وكلها من قبيل ادلة المحرمات بل هي منها
حقيقة فيكون مخالفا لمقتضى العقد ودعوى كونه من لوازم الاطلاق لا مقتضيه
مدفوعة بان مدلول الوقف ومفهومه هو تحبيس العين ولازمه المنع عن
بيعه تحقيقا للتحبيس وتوهم ان لازم مقتضيه ليس الا التحبيس المطلق اما
بشخصه او ببدله واما تحبيس خصوص شخصه فليس من لوازمها بل لو كان فهو
من لوازم اطلاقه ولذا يجوز بيعه في صورة الخراب ولا يبطل الوقف به
فيدفعه ان مدلول صيغة الوقف هو تحبيس شخصه لا الاعم منه ومن بدله
وتجويز بيعه لبعض المسوغات لا يكشف عن كونه من لوازم اطلاقه بل هو حكم

شرعا نعم لو باع لدليله واذ ليس فليس ومجرد تجويز بيعه لبعض المسوغات لا يكشف عن
كونه من لوازم اطلاق الشرط لا يصلح دليلا لان صحة شرع لعدم كونه مخالفا
للكتاب والسنة والدليل على المنع بوجه لا بد ان صرف عنوان المخالف نعم لو شرط
بيعه عند طريان احد المسوغات الشرعية بان كان البيع جائزا شرعا
لولا الشرط فلا بأس به لانه شرط مؤكد لمقتضى العقد وليس منافيا له
وهذا بخلاف شرطه بدونه فلا يؤثر كما هو الحق الثاني مرة هذا
وقد يستدل على صحة هذا الشرط بما رواه في الكافي في كيفية وقف
مولانا امير المؤمنين ع كما له فان اراد يعني ابنه الحسن ع ان يبيع نصيبا من
المال ليقضي به الدين فليفعل ان شاء لا حرج عليه وان شاء جعله شروى الملك
وان ولد علي ع ومواليهم واموالهم الى الحسن بن علي ع وان كانت دار الحسن غير
دار الصدقة فبدا له ان يبيعها فليبعها ان شاء ولا حرج عليه فيه فان باع
فانه يقسم ثمنها ثلاثة اثلاث فيجعل ثلثا في سبيل الله ويجعل ثلثا في بني
هاشم وبني عبد المطلب وثلثا في آل ابي طالب وانه يضعه فيهم حيث يراه الله
ثم قال ع وان حدث في الحسن او في الحسين ع حدث فان الآخر منهما ينظر في
بني علي ع الى ان قال ع فانه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم وانه يشترط على
الذي يجعله اليه ان يترك هذا المال على اصوله وينفق الثمرة حيث امره من
سبيل الله ووجوهه وذوي الرحم من بني هاشم وبني المطلب القريب والبعيد لا يباع
شيء منه ولا يوهب ولا يورث الخبر وقد ادعى بعض ان ظاهره في جواز
شرط بيع الوقف للبطن الموجود فضلا عن البطون اللاحقة وفيه ان مقتضى ما
يستفاد منه جواز بيع الوقف مع المصلحة واين هذا من الاشتراط فهو كون دابه

كونه الى الحي وجعل دليلا على جواز البيع مع الحاجة الا عن دينه ولا نظر له الى باب
كيفية الوقف واشتراط البيع للموقوف عليهم **الصورة السابعة** ان يكون
ما اذا ادى بقائه الى الخراب وهو على اقسام اربعة لان التادية الى الخراب اما ان
يكون للخلف الواقع بين الارباب او لجهة اخرى وعلى التقديرين فاما ان يؤدي الى خروجه
عن الانتفاع المعتد به رأسا او على وجه نقل منفعته وحيث ان الجهة الاولى
ليس مناطا وعلة للحكم بالجواز اذ لا فرق في الادلة الآتية بين كون منشأ الخراب
خلف الارباب او شيء آخر فالمهم هو التعرض للجهة الثانية فالكلام في مقامين
احدهما ما يؤدي الى الخراب علما بحيث لا ينتفع به اصلا معتدا او حكما فنقول
استدل على الجواز فيه بوجوه ثلاثة الاول ما ذكره شيخنا الاستاذ وحاصله ان
المقتضي موجود والمانع مفقود اما المقتضي فهو العمومات والاطلاقات الدالة على احلال
البيع واما فقد المانع فلان ما يتصور كونه مانعا اما حق الواقف او الموقوف عليه
او حق الله تعالى وليس شيء منها مانعا في المقام اما الاول فلانه قد سقط ما ينسب
الى شخص العين باعتبار هلاكه وتعذر وجود الانتفاع واما بالنسبة
اليه واما في الثاني فلان بيعهم ذلك كاشف عن رضائهم به واما الثالث
فلا نسلم دلالة البيع الى عين صورة الصورة وهو من الثاني كما ذكره الفاضل
المقداد في حكم الشيخ وحاصله ان الامر دائر بين امور ثلاثة ابقائه الى
ان يخرب فيخرج عن الانتفاع بالمرة وانتفاع البطن الموجود به بحيث يشفع
وبيعه وتبديله بثمنه لينتفع به الكل والاول تضييع للمال وتفويت لحق من يأتي
من البطون اللاحقة فيتعين الاخير وهو المطلوب واورد عليه بان المحرم
انما هو تضييع المال المسلط عليه لا ترك التصرف فيما لا سلطان له وتوضيحه ان

ادلة حرمة التضييع معارضة بالادلة الدالة على المنع عن بيع الوقف وهي اما
حاكمة عليها او مخصصة لها اما الاول فبالنظر الى ان المنع عن بيع الوقف يوجب سلب السلطنة
عن التصرف فيه فحرمة التصرف لا يعد تضييعا للمال ولا يستند اليه بل الى الشرع
حيث سلب السلطنة الشرعية عنه فلا يصدق عليه الاتلاف لانه عبارة عن ترك التصرف
فيما يكون مسلطا عليه عقلا وشرعا واما تركه فيما ليس له سلطنة عليه عقلا او شرعا
فليس تضييعا للمال بل تلف منه واما الثاني فبالنظر الى انه تضييع فاذا
ثبت صدقه عرفا على السلطنة الشرعية بل يكون ثبوت سلطنة فيه عرفا وعقلا وهي
ثابتة فيكون دليل المنع مخصصا لحرمة التضييع لكن يمكن الجواب عن الثاني بان النسبة
بينهما عموم من وجه فيتساقطان فيرجع الى عموم العام الفوقي وهو قوله تعالى
احل الله البيع وقوله ص الناس مسلطون على اموالهم فيثبت بذلك جواز البيع
لا وجوبه ولعله ايضا مراد الفاضل المذكور واما الاستشهاد على تقديم دليل
المنع على دليل التبذير بانه لولا ذلك لوجب حفظ الاوقاف المشرفة على الضياع
والخراب فضلا عن انه فيتلزم مع بطلانه كان المدعى اما الاوقاف العامة او الخاصة
بالنسبة الى غير الموقوف عليهم لانهما بالنسبة اليهم عين محل الكلام وعلى التقدير الاول
مسلم له بالنسبة لان الخطاب المانع عن التضييع انما يتوجه الى الملاك لا الى
الاجانب فحرمة التصرف في غير المالك ليس لتقديم دليل المنع على دليل التبذير بل
لانتفاء موضوع دليل التبذير في حقه وهذا لا يجدي في المقام لان الخطاب متوجه
الى الملاك والموقوف عليهم فتقديم دليل المنع عن البيع عليهم ممنوع لانهما
متعارضان متساقطان فيرجع الى العمومات ويرد على اصالة الحكومة ان
موضوع حرمة التبذير هو السلطنة العرفية لا الشرعية غاية الامر منع السلطنة

السلطنة الشرعية يوجب رفع الحكم وجواز التبذير لا اعدام الموضوع ورفع عنوان
التضييع لانه امر عرفي وقد جعله الشارع فيرجع ذلك ايضا الى التخصيص وقد عرفت
بطلانه لان النسبة بينهما عموم من وجه الثالث ما ذكرناه في الخراب الفعلي
من مراعاة غرض الواقف فانه واجب بما امكن شخصا او صنفا او نوعا او جنسا
فله غرضان على سبيل تعدد المطلوب لا غرض واحد متعلق بشخص الوقف
بحيث سقط راسا بانتفائه احدهما ايصال الخير الى البطون والاخر هو
الانتفاع بخصوص شخص الوقف فاذا سقط الغرض الشخصي لعدم امكان الانتفاع
للعلم بان ابقائه على ما كان عليه يؤدي الى الخراب بقي الغرض الكلي بحاله
ويجب مراعاته ولا نص وجوب التبديل بما يشفع البطون ويدل على لزوم مراعاة
الغرض الاجماع المحقق القائم عليه كما يظهر مما ذكروه في مسئلة شراء البدل
من لزوم مراعاة الامثل فالامثل وانما منعه بعضهم رحمهم الله مع تصريحه
وهو كون الاقرب مطلقا الغرض الاكبر وهذا مضافا الى انه يمكن
الاستدلال عليه بقوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها لانه اعم من التخصيص
الى شخص الوقف مما دل عليه صيغة الوقف على وجه التصريح او الدلالة
الالتزام السببي او غير السببي بانحائه فيمنع وجوب مراعاة الا بالنسبة الى شخص الوقف
لا وصله وقد استدل لذلك بان تعلق غرض الواقف بالشخص ينافي
التأبيد المعتبر في قوام الوقف حيث ان الانتفاع بشخص الوقف ليس قابلا
للتأبيد لعدم الدوام فلا يحصل ذلك الا بملاحظة الغرض الجنسي وهو اصل الانتفاع
سواء حصل به او ببدله وقد يجاب عنه بان المراد بالتأبيد المأخوذ في مفهوم
الوقف هو ما يقابل التوقيت بيوم او شهر او سنة لا التأبيد الحقيقي المطلقة

المنافي لاشتراء العين وفنائها فلا ينافيه تعلق الغرض الشخصي بالعين بنفسه ان
التابيد بهذا المعنى وهو عدم التوقيت موجود في الصدقة ايضا لجميع العقود
لان مفادها الملكية وهو امر ضروري مستمر ومن المعلوم ان معنى التابيد في
الوقف ليس ذلك بل له معنى اخر ليس في سائر العقود ولا يتحقق ذلك الا
بالغرض الكلي وايضا لو كان المراد به ما يقابل التوقيت لم يتحقق فرق بين
الوقف المؤبد والمنقطع كما لو وقف على زيد مثلا لحصول التابيد بمعنى عدم
التوقيت بالنسبة الى شخص الموقوف عليه بالخصوص فكل ذلك دليل على ان الغرض
الاصلي من الوقف هو ايصال النفع بالعين ان امكن وببدلها ان لم يمكن و
يجب مراعاة هذا الغرض بحفظها التابيد المعتبر في قوام حقيقة الوقف هذا
كله في اصل البيع وهل يشترط في جوازه او وجوبه عدم وجود معمر له كما هو ظاهر
المفيد قده او عدم امكان تعميره كما هو ظاهر العلامة قده او لا يعتبر شيء منهما
وجوه اقويها الاول ولعل الاول او الثاني فالثاني اما الاول فلانه مع وجود
المعمر المتبرع فالموانع له ناشئة بأسرها موجودة لامكان مراعاة الغرض الشخصي
فلا وجه للبيع اصلا واما الثاني فلان وجود المعمر مع امكان التعمير لا يمنع
البيع اذ لا دليل على وجوب التعمير حتى يقع به التخيير بينه وبين البيع
لتقتضي وجوب التعمير بل يوجب جواز الاضاعة ما لم يتضيع هذا وقد تقدم الكلام
في فروع ذكرها الشيخ مثلا في الاعلام في المقام منها ما ذكره لتقرير ذكر
الدليل الاول بقوله قده نعم قد يشكل الامر بمعنى من امر البيع فيما لو فرض
البطن الموجود من بيعه للزوم تعطيل الانتفاع الى زمان وجدان البدل
او كون البدل قليل المنفعة بالنسبة الى الباقي انتهى وتحصيل ان الثمن

ان الثمن لو كان مما لا ينتفع به كالنقدين وتبديله بما ينتفع به يحتاج الى
التاخير وهو موجب لتعطيل الانتفاع وسقوط حق البطن الموجود في بعض
الزمان فقد وجب البيع الحكال الاسئلة انه لضرر على البطن الموجود فلانه
ان كان المفروض جواز تاخيره الى زمن لا امكان البيع بحيث لا يمكن بعد ذلك فلا اشكال
ح في وجوب البيع حفظا للغرض الجنسي الساقط على التقدير عدم البيع واما
الضرر فهو وارد على كل حال سواء بيع او لا اذ لا يمكن الاستبدال فيما بعد وان
كان المفروض جواز تاخيره الى زمن الامكان بحيث يمكن الاستبدال فيما بعد ايضا
فلا اشكال في عدم وجوب البيع بل عدم جوازه ولو مع عدم تضرر البطن
الموجود ايضا فضلا عما اذا فرض تضرره لما ذكره قده من عدم جواز البيع الا
في اخر ازمنة الامكان اذ لا وجه لرفع اليد عن الغرض الشخصي مع امكانه في برهة
من الزمان وعلى التقديرين لا اثر للحال في حكم المسئلة ومنها انه لو لم
يمكن الاستبدال فيما بعد فهل يجب تعجيل البيع مراعاة للغرض الجنسي الساقط بترك
او لا يجب لان الغرض الجنسي انما يصار اليه اذا لم يمكن الغرض الشخصي والمفروض امكانه
ولو في مقدار من الزمان قال قده ومما ذكرنا ظهر انه يجب تاخير البيع الى اخر
ازمنة امكان البقاء مع عدم فوات الاستبدال فيه ومع فوته ففي تقديم
البيع اشكال ومنشأه ما ذكرناه من معارضة الغرض الشخصي والجنسي والاقوى
وجوب البيع لان الغرض الشخصي انما يجب مراعاته اذا لم يكن مفوتا للغرض
الكلي بامكان الجمع بينهما ولو على سبيل الترتيب واما اذا صار سببا لفوته
فلا يجب مراعاته لعدم كونه غرضا في الحقيقة ومنها ما ذكره قده
من انه لو دار الامر بين بيعه والابدال به وبين صرف منفعته الحاصلة في

في مدة من الزمان في تعميره فهل يرجح حق البطن الذي يفوته المنفعة او حق الواقف
وسائر البطون المتأخرة المتعلق بشخص الوقف وجهان لا يخلو اولهما من قوة
انتهى ومنشأ الوجهين هو التعارض بين حق البطن الموجود المقتضي للبيع و
الابدال وبين مراعاة الغرض الشخصي للواقف المقتضي لصرفه في التعمير
وسقوط حق البطن الموجود ومنشأ ترجيح الاول انها محكومة بنفي الضرر على
مراعاة الغرض الشخصي الواجب عند الامكان او تزاحم الحقين وترجيح حق
البطن الموجود لكونه اهم لكن لا يخفى ان الفروع الثلثة مع دوران الامر فيها
الاول بين مراعاة حق البطن الموجود المقتضي لترك البيع في مقدار من
الزمان وبين مراعاة حق البطن المعدوم ودوران الامر في الثاني بين
مراعاة الغرض الشخصي وبين مراعاة الغرض النوعي ودوران الامر في الثالث
بين حق البطن الموجود المقتضي للبيع وبين الغرض الشخصي المقتضي لتركه وقد
عرفت ان الترجيح فيه مع البطن الموجود هذا تمام الكلام فيما اذا
يتادى فيه الى الخراب عن الانتفاع راسا الثاني اما لو فرض له منفعة
قليلة حقيقة او حكما واستدل لجواز البيع فيه بمكاتبة علي بن مهزيار قال كتبت
الى ابي جعفر عليه السلام ان فلانا ابتاع ضيعة فوقفها وجعل لك في الوقف
الخمس ويسألك عن رأيك في بيع حصتك من الارض وتقويمها على نفسه بما اشتراها
او يدعها موقوفة فكتب عليه السلام الي اعلم فلانا اني آمره ببيع حصتي من الضيعة
وايصال ثمن ذلك الي ان ذلك رأيي ان شاء الله او يقومها على نفسه ان كان
ذلك ارفق له قال وكتبت اليه ان بين من وقف عليهم اختلافا شديدا وانه ليس
يأمن ان يتفاقم ذلك بينهم بعده فان كان ترى ان يبيع هذا الوقف و

الوقف ويدفع الى كل انسان منهم ما وقف عليه لدير ذلك فكتب عليه السلام بخطه واعلمه ان
رأيي ان كان قد علم الاختلاف فيما بين ارباب الوقف ان بيع الوقف امثل فانه
ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس الخبر وتقريب الاستدلال ان مورد
حكمه عليه السلام بالجواز وان كان هو الاختلاف لارباب الا ان قوله عليه السلام فانه الخ تعليل
له والعبرة بعموم العلة فانه يعمم الحكم فالمناط هو تلف الاموال والمراد بالمال
اما خصوص الوقف او الاعم الشامل له والظاهر انه يشمل تلف بعض الاموال وتلف
المنافع وهو المطلوب واورد عليه شيخ مشايخنا بوجوه ثلثة احدها ان
ظاهره لا ينطبق على المطلوب وهو جواز البيع اذا ادى الى الخراب لان المراد
كما يستفاد من جملة من الكلمات هو العلم او الظن وهو الظاهر من الخبر الشاذ به
ايضا الا ان اقل مراتبه الظن بل وكذا الخوف يعبر في بعضها ان المراد به وجود
امارة ظنية على الخراب لا مجرد كونه ربما يؤدي اليه احتمالا مساويا او مرجوحا
هو الظاهر من لفظة ربما فظاهره غير معمول به ثانيها ان مناط الجواز فيه
هو تلف الوقف راسا وهو القسم الاول الذي جوزنا البيع فيه فلا يشمل الخراب
الذي لا يصدق معه التلف بان كان سببا للتقليل المنفعة ثالثها ان عموم
العلة يقتضي جواز البيع كلما يخشى التلف ولو كان غير الوقف لا خصوص خوف خراب
الوقف وذلك خلاف الاجماع وهو يوجب وهن العلة وسقوطها عن الاعتبار
وفي الكل نظر اما الاول فلان ظاهره معمول به اذ كل من عبر بالخوف الخراب
قد عمل به ودعوى عدم تحقق الخوف الا بالظن ممنوعة لحصوله بمجرد الشك ايضا
بالوجدان واتفاق العقلاء واجماع العلماء وهو الظاهر من تعليق الحكم على الخوف
في القرآن وغيره نعم لا يصدق الخوف مع ظن السلامة لان الظن في الامور المستقبلة

كالعلم عند العقلاء ولا عبرة بالاحتمال المرجوح بل وجوده كعدمه بشهادة
العرف عدم تحقق الخوف الا بالظن فيمنع عدم تعارضها لان الشهيد في صحيحة صرح بما
هو ظاهر الرواية من كفاية الشك والاحتمال كما هو ظاهر في ان قلت هب انه ليس مخالفا
للاجماع الا انه ظاهر مخالف للمشهور لا محالة قلت المخالفة للمشهور غير معلومة
غاية الامر عدم كونه موافقا لهم والمانع هي المخالفة لهم واما الموافقة لهم
فليست شرطا في الحجية حتى يصير انتفائها موجبا للاشتفاء اللهم الا ان يقال ان الا
الاصحاب صرحوا بعدم جواز البيع في غير الموارد المستثناة فبعد تسليم توقف الخوف
على الظن يندرج صورة الشك تحتها فلا في الحكم بعدم الجواز وعموم المستثنى منه
فلا جرم يكون ظاهر الخبر مخالفا للمشهور وفيه ايضا تامل اما الثاني فلان الخراب
واختلاف افراد التلف وبقاء بعض المنفعة لا يوجب سلب اسم التلف لصدقه ولو بالنسبة
الى المنفعة المنتفية تامل واما الثالثة فيرد عليه انه لو كان هناك عموم
يشمل الوقف وغيره يؤخذ به الا اذا ثبت خلافه باجماع وغيره وهو مفقود في التلف
الوقف وانما تم في غيره فهو حينئذ لعموم خرج ما خرج وبقي الباقي فالاولى ان يجاب
عنه بمنع كون التلف علة لاحتمال مدخلية المورد وهو الخلف بين ارباب الوقف
هذا تمام الكلام في صور ثلثة متعلقة بالعشرة الاولى ان يقع بينهم خوف عليهم
اصلا فلا يؤمن معه من تلف الاموال والنفوس وان لم يعلم او يظن بذلك الثانية
ان يؤدي الاختلاف الى ضرر عظيم لا خصوص تلف المال ولا خصوص الوقف
الثالثة ان يلزم منه فساد يستباح منه الانفس وبتمكل المقابلة بين هذه الصورة
لاندراج الاولى في الثانية من جهة ان تلف المال او النفس عين الضرر اللهم الا
ان يجعل الضرر اعم منهما ومن هتك الاعراض لكن صدق الضرر على هتك العرض

العرض لا يخلو من تامل بل منع وكذا الكلام في المقابلة بين الاولى والثانية لا
لاندراج استباحة النفس تحت الامن من تلف المال او النفس عين الضرر الا
ان يكون العبرة في الاولى بمجرد عدم الامن والاحتمال وفي الثالثة بلزوم الاستباحة
وحصولها فعلا وكيف كان فمستند الجواز في هذه الصور الثلث هو الرواية
المذكورة والتقريب لاستدلال بها للاولى هو ان الحكم بالجواز وان كان
معلقا على الاختلاف الا ان قوله ع فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس ضرورة
ان بمنزلة تعليل المعلول كما في قول القائل لا تاكل الرمان لانه حامض واجيب عنه
بان اللازم من عموم العلة هو التعدي الى كل ما لا يؤمن فيه من تلف الاموال والنفوس
وان لم يكن لاختلاف فيكون الرواية دليلا على جواز البيع لو وقع كل
فتنة اللهم الا ان يقال ان العلة تقريبية لا تحقيقية فلا يتعدى الى جميع مواردها
ويمكن صرح العمل باطلاق الاختلاف والعدم صلاحية العلة التقريبية في جمع
تقييد الاختلاف بالاصل وبين جعل العلة حكمة غير محكي كما صنعه شيخنا الجناب
العلامة من قبله اذ لازم التقريب جعل الدليل علة يدور الحكم مدارها ولازم جعلها
حكمة عدم ذلك وكون العبرة بالمعلول وهما لا يجتمعان كما لا يخفى والالتزام
بالتفكيك بين التخصيص والتعميم ضعيف جدا واما تقريب الاستدلال بها للثاني
فهو ان مقتضى عموم التعليل جواز البيع في كل صورة تؤدي الاختلاف الى الضرر
ولو بالنسبة الى غير الوقف والموقوف عليه وفيه ان قضية كون العبرة بعموم العلة
جواز البيع لو وقع كل فتنة ولو لم تكن لاجل الاختلاف وهذا مخالف للاجماع
واما تقريبه للثالث فهو ان مقتضى عطف النفوس على الاموال وان كان هو
اعتبارهما معا الا ان ذكر الاموال وجوده كعدمه لوروده مورد الغالب لعدم

الهلاك تلف الاموال او تلف النفوس غالبا فتكون كالغرر الوارد مورد
الغالب وفيه ان مقتضاه جواز البيع لو وقع كل فتنة موجبة لتلف النفوس
ولو حصل في غير الموقوف عليهم مضافا الى ان ظاهر الرواية كفاية الاحتمال
بل كونه مما ربما يؤدي اليه لا الظن والمدعى حصول الفتنة فظاهر الرواية غير معمول
به من وجهين لشمولها [illegible] الكلام فيه آورد عليها بما حاصله
ان النسبة بين فتاوى المشهور على اختلافها وبين مضمون الرواية عموم من وجه
لان المشهور اعتبروا في الجواز العلم او الظن باداء بقائه الى الخراب ولم
يكتفوا بمجرد الاحتمال ولم يشترطوا ايضا حصول الفتنة الموجبة لتلف الاموال
والانفس وظاهر الرواية اناطة الجواز بالاختلاف الخاص الذي جاء منه
تلف الاموال والانفس ولو احتمالا وهو اعم من الاول من جهة كفاية الاحتمال
واخص منه من جهة اشتراط العلم او الظن وح مضمون الرواية مخالف للمشهور
ولا جابر له [illegible] اجاب قدّه بان هذا لا يمنع من جبر ضعف الدلالة لان اختلاف
فتاوى المشهور انما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي انيط به الجواز
قوله ثم ان كان قد علم الاختلاف الخ وحاصله ان الاصحاب تسالموا على اصل الجواز
واختلافهم انما هو في كيفيته ومناطه وهذا المقدار يكفي جابرا بالنسبة الى
المتفق عليه وهو الجواز وفيه اولا ان دلالته على اصل الجواز [illegible] وليس
فيها ضعف كي يحتاج الى الجابر وصريح كلامه قدّه حصول الجبر في دلالة الرواية
بالشهرة وثانيا انه مخالف لما افاده في الاصول حيث يقول بعدم صلاحية الشهرة
لجبر الدلالة وثالثا ان المقام ليس من موارد الجبر بالشهرة وان قلنا بجبرها
لان مورده ما اذا كانت الدلالة مجملة بسبب اشتراك لفظي او معنوي فاذا

[illegible] للعز شبهة فان في [illegible] ضعف الدلالة بسبب [illegible] احد المعنيين او
بعض الافراد [illegible] كشف [illegible] عليها [illegible]
وانه كشف ظني [illegible] الظنون [illegible] ليس هذا القبيل
لان الشهرة على الجواز في المقام امر انتزاعي منتزع من الاقوال المختلفة لا انهم تسالموا
على اصل الجواز واختلفوا في كيفيته كي يكون اصل الجواز مجبورا بالشهرة وهذا (واختلفوا في)
نظير الاتفاق على نفي الثالث المنتزع من القولين المختلفين فان ذلك بمجرده لا
يجدي في انعقاد الاجماع المركب بل انما يعتبر فيما اذا اتفقوا على نفي الثالث
واختلفوا في تعيين احد القولين بحيث يرجع الامر الى الاجماع البسيط على نفي
الثالث وبالجملة فلو عبر عن جبر ضعف الدلالة بمجرد فتوى المشهور لكان احرى
واقرب الى السداد ولا يندفع عنه الايراد ايضا ويمكن ارجاع كلامه قدّه الى ذلك ايضا
وح فالرواية بعد جبرها بفتوى المشهور والاعراض عن صدرها دليل على الجواز في العذر
المتيقن وهو الاختلاف المؤدي الى تلف الوقف او نفس الموقوف عليهم علما او ظنا
فلا يكفي مجرد الاحتمال الذي لا عامل به سوى الشهيد قدّه في [illegible] والحاصل ان العذر
المتيقن هو ما لو علم او ظن تلف نفس الوقف والموقوف عليهم الناشي من
الاختلاف [illegible] وضح ذلك الفرد المتيقن الاخر وهو ما اذا انضم الى
ذلك كله الاعودية حيث [illegible] فتحصل من جميع ما ذكرناه من
الصور انه لا يجوز بيع الوقف الا في اربع صور اثنان منها [illegible] والاخريان
[illegible] الاوليان [illegible] الخراب الفعلي [illegible] الانتفاع المعتد به
والثانية [illegible] الى الخراب بحيث يخرج عن قابلية الانتفاع المعتد به راسا
الاخريان [illegible] صورة الاحتياج مع الاعودية ويدل على الجواز فيها

رواية جعفر بن حنان ومكاتبة الحميري على ما مر والاخرى الاختلاف المؤدي
الى تلف نفس الموقوف عليهم او العين الموقوفة بخراب ونحوه ولكن لا يجب ان يسقط
عن حيز الانتفاع بها راسا بل ما يصدق معه التلف ولو بتقليل المنفعة علما
او ظنا والدليل عليه المكاتبة المذكورة بالتقريب المتقدم لان المتيقن منها [illegible] فيها
مع ملاحظة انضمام الاعتضاد بالشهرة في الصور المجوزة [illegible] حجة هذا
كله حكم اصل البيع واما الثمن ففي كل صورة جوزنا البيع فيها فمقتضى
القاعدة جواز صرفه كالمثمن بقاعدة البدلية فلا تختص به البطن الموجود
وكل صورة جوزناه فيها للنص فهو مختلف ففي الصورة الاولى منها وهي الخاصة
يكون الثمن بينهم حصصا بالبطن الموجود ويخرج عن الوقفية لبطلان الحقوق الا حصته
وذلك اللزوم تفصيل بعرض ان لم يصرفه البطن الموجود واما الصورة الثانية
فالكلام فيها تارة فيما يستفاد من كلمات الاصحاب رضوان الله عليهم واخرى
فيما يستفاد من الرواية اما الاول فقد اختلفوا فيه بين القول بالتبديل والاقتضاء
كالمحقق الثاني قده حيث قال اشترى به ما يرفع الاختلاف فيه وبين فرق التوزيع
الثمن على الموجودين ويمكن رفع الخلاف بحمل كلام المشهور على عدم ارتفاع
الخلاف بمجرد التبديل كما هو الغالب وحمل كلام المحقق الثاني قده على رفع ا
الخلاف بالتبديل فيرتفع الخلاف واما الثاني فلا اشكال ان ظاهر الرواية
هو التوزيع لدلالة على التقرير والامضاء وهو بالنسبة الى الموارد الغالبة
التي لا يرتفع الخلاف فيها الا بالتوزيع صحيح واما بالنسبة الى الموارد النادرة
هو ما لو ارتفع الخلاف بمجرد التبديل يقضي فيه ايضا بالتوزيع لعموم بعض
المستفاد من ترك الاستفصال فيكون دليلا على كون الثمن للموجودين مطلقا وفيه

وفيه ان ترك الاستفصال لا يجري في الافعال بل يختص بالاقوال وحيث انه
قضية في واقعة فيحتمل اختصاص فعل السائل بما اذا توقف رفع الاختلاف
على التوزيع فينبغي حكم الثمن حسب القواعد بعد كون ذلك وانه عن بيان حكمه وقد
عرفت ان مقتضاها كون الثمن مثل المبيع بحكم قاعدة البدلية القاضية بتعلق حق
البطون بالبدل هذا تمام الكلام في الوقف الخاص المؤبد واما الوقف المنقطع
فالمعروف حكم بيعه جوازا ومنعا موقوف على بيان الاقوال الموجودة فيه وهي اربعة
احدها بطلانه راسا فلا يقع وقفا ولا حبسا وهو شاذ ضعيف والبعض الفاضل
بعض المتأخرين حيث اختاره مع كونه مخالفا للاجماع والثاني انه يقع حبسا فيكون
باقيا في ملك الواقف كالسكنى والعمرى والثالث انه وقف حقيقي فيملكه الموقوف عليهم ملكا مستقرا
عليهم ملكا متزلزلا ويعود بعد انقراضهم الى ورثة الواقف من حيث
انتقال العين الى الموقوف عليهم بشرط الوقف من حيث عوده الى الورثة
الواقف بشرط الحبس والرابع انه وقف حقيقي فيملكه الموقوف عليه ملكا
متزلزلا ويرجع بعد انقراضهم الى الوجوه العامة وفي سبيل الله والظاهر انه لا
اشكال في جواز بيعه على الاول ولكن بطلان هذا القول واضح كما لا اشكال في عدم
جوازه للموقوف عليهم على الثاني لقوله عليه السلام لا بيع الا في ملك واما جوازه للواقف
نفسه وجهان من انه ملك مسلوب المنفعة [illegible] ومن ان [illegible]
المقررة للمعقود وورود النص على جواز البيع في بعض افراد السكنى وهو ما ورد
في السكنى المؤقتة بعمر احدهما كما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح او الحسن عن الحسين بن نعيم
قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته ولعقبه من بعده
كما شرط قال ان احتاج الى بيعها قال نعم قلت فينقض البيع السكنى قال عليه السلام لا

وبشرط بعد انقراضهم الى ورثتهم والرابع انه وقف في حكم الحبس [illegible] فيملكه الموقوف عليهم [illegible]

بسم [illegible]

لا يقتضي البيع السكوت سمعت ابي يقول قال ابو جعفر ع لا يقتضي البيع الاجاره
ولا السكنى لكن يبيعه على ان الذي يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقضي السكنى
على ما شرط الخبر فيتعدى من مورده الى المقام ونحوه من باب تنقيح المناط
ولكن في التعدي اشكال والاقرب لعدم انتصاره على مورده ليتعدى تنقيحا
للمناط هذا كله في بيعه بغير الموقوف عليهم واما بيع الواقف لهم
فالظاهر جوازه لما عرفت ان المانع هو جهالة زمان التسليم والانتفاع
وهو مفقود في الفرض لاستحقاق عليهم للمنفعة ولو من غير جهة البيع فلا
غرر ولا خطر ودعوى ان ضم حق المشتري الى حق البائع لا يوجب معرفة المبيع
مدفوعة بان المانع ليس جهالة المبيع بل انما هو جهالة المنفعة فاذا ارتفع
باستحقاقهم لها ارتفع المانع ودعوى ان جهالة استحقاق المنفعة يوجب
المالية ما تلافي الجهالة في اصل المبيع لاختلاف المنافع قلة وكثرة بيعها ان المبيع عين
معلوم لا جهالة فيه وجهالة المنفعة توجب جهالة المال وهذا الرهن
الا خلاف فلا يورث الاختلاف في المالية نعم يختلف باختلاف الرغبات
لكنه فيما اذا لم يعلم زمان الاستحقاق ولو من جهة اخرى واولى من ذلك بالجواز
ما اذا انتقل المنفعة الى الواقف بصلح ونحوه ثم باع لان الواقف ح مالك
للعين والمنفعة جميعا واما على ما في الاقوال فلا اشكال في عدم جواز
بيعه للواقف لعدم الملك لسائر البطون المنقرضة على البطن الاخير
بدون المسوغات فحاله بالنسبة اليهم حال الوقف المؤبد في عدم الجواز مع
فقد المسوغ وجواز مع وجوده وكذا بالنسبة الى البطن الاخير بناء على عدم
جواز بيعه بدون المسوغات لانه ليس هو حالا سائر البطون بل اولى

كهذا فيها قسم

بل اولى بالجواز قطعا وكذلك حكم الثمن ايضا فالظاهر رجح مشاهدة من
اقتضاء بقائه بعد البطن المتاخر وعدم جواز بيعه مع اختياره عدم
جواز البيع له ليس على ما ينبغي وكيف كان فيقع الكلام في البطن الاخير مع عدم
وجود المسوغات فنقول اما على القول الثالث وهو ملك المنقرض فقال له
انه لا يجوز البيع للبطن الاخير لاعتبار الواقف بقائه في ايديهم الى ان
ينقرضوا فبيعه قبل الانقراض مناف لشرط بقائه الى الانقراض وفيه انه
انما يتم فيما لو كان هذا الشرط تعبديا واما اذا كان شرط البقاء لاجل
مراعاة حق البطون ومقدمة للانتفاع فلا اذ المعلوم عدم تعلق غرضه
بالبقاء مع فرض عدم وجود بطن بعده فلا مانع من البيع غاية الامر
العين لو بقيت على حالها تنتقل الى الوارث بحكم ادلة الارث فاذا باع
يرتفع موضوع الارث كسائر الاموال ودليل انتقالها الى الورثة بعد انقطاعه
غرض الواقف وهذا هو الاقوى للعلم بعدم كون شرط البقاء تعبديا
بل انما هو من جهة كونه مقدمة لانتفاع البطون واما على القول الرابع
وهو رجوعه بعد الانقراض الى ملك الواقف فحكم البطن الاخير ما عرفت
من جواز البيع وشبهة منافاته لشرط البقاء اتية هنا ايضا والجواب
الجواب كما ان حكم البيع بالنسبة الى سائر البطون كحكمه في الوقف المؤبد جوازا
ومنعا وكذلك حكم الثمن كما انه يشترك البطن الاخير مع من قبله بناء على عدم
جوازه لتلك الشبهة واما على الخامس فحكمه حكم الوقف المؤبد حتى بالنسبة الى
البطن الاخير فيشترك معه في المنع في صور المنع وفي الجواز في صور الجواز
من غير فرق بين البطن الاخير وغيره من البطون لكن ينبغي ان الامر ليس كذلك مطلقا

بل لا بد من ملاحظة مدرك هذا القول ودليل انتقال الوقف بعد الانقراض
الى الوجوه العامة فان كان المدرك مراعاة غرض الواقف وتحليل الوقف
المنقطع بملاحظته الى الوقف المؤبد لكونه على سبيل تعدد المطلوب في الواقع لا
كما ذكر فان حكمه حكم الوقف المؤبد جوازا ومنعا في جميع الصور واما لو كان
مدركه صيرورة الوقف حينئذ من قبيل مجهول المالك نظرا الى عدم الدليل على عوده
الى ملك المالك بل لا وجه له لخروجه عنه فلا يعود اليه بلا سبب فلا مانع عن
جواز بيع البطن الاخير كما على القول الاول بعين لوجود المقتضي وفقد المانع وا
احتمال انتقاله الى الامام عم ح ونزع بقاء الموضوع يجوز له دفعه واخراجه عن
الملك كما هو الحق بناء على الملك المستقر لعدم الفرق بين الانتقال الى الورثة
والانتقال الى الامام عم في توقفهما على بقاء الموضوع وجواز دفعه بالاخراج
القسم الثالث من الاقسام الوقف العام ووقف الانتفاع كالربط و
والقناطر وغيرها مما قصد به انتفاع كافة الناس او خصوص اهل بلد او اهل علم
اولا ان شيخ مشايخنا المرتضى ره قسم الوقف على قسمين الاول ما يكون ملكا ا
للموقوف عليهم فهم يملكون منافعه ويجوز لهم اجارته واخذ الاجرة وهذا هو
الذي يعبر عنه بوقف المنفعة والثاني ما لا يكون ملكا لاحد بل يكون من قبيل التحرير
فكونه فك ملك وهذا هو الذي يعبر عنه بوقف الانتفاع ومثل لذلك بالربط
والمساجد والمدارس فان الموقوف عليهم في امثال ذلك انما يملكون الانتفاع
واستيفاء المنفعة بانفسهم على وجه المباشرة وليس لهم اجارتها على الغير
ويحصل الفرق بين القسمين هو ان الاول نظير الاجارة والثاني نظير الاعارة و
هذا هو الذي ذكره قده في كتاب البيع وحكي عنه في كتاب الوقف تقسيمه الى ثلثة

اقسام وجعل وقف المساجد قسما ثالثا في قبال القسمين المذكورين نظرا
الى انه ليس من قبيل وقف المنفعة لعدم صحة اجارته ولا من قبيل الانتفاع لان ا
المسجد موضوع من الموضوعات ويتفرع على ما ذكره قده انه لو وقف ارضا بقصد
بان يكون وقفها الا ان يصلي فيها ابقا يجري ذلك كالتصريح مسجدا ولا يترتب عليها
احكامه نعم تصير مصلى ومن هذا القبيل ايضا الوقف على الانتفاع كل وقف يكون
مقصودا بلام الغاية ومنه وقف الربط والمدارس والمقبرة اخذ ذلك
اي جعل المسجد قسما ثالثا مغايرا للاولين من العلامة قده في عد حيث قال ره
فلو الحق الوقف لو وقف مسجدا على قوم باعيانهم كالفقهاء فالاقرب عدم
التخصيص بخلاف المدرسة والرباط والمقبرة انتهى فان ظاهره مغايرة المسجد للمدرسة
والرباط واما ان المسجد بحفظ المصلي من الحر والبرد فانما هو من قبيل الفائدة لا
الانتفاع كما لا يخفى وكيف كان فالكلام في الوقف العام يقع في مقامات الاول
في ارض المسجد والثاني في الاته واجزائه كالجذوع والاجر وحائط المنهدم و
نحوها والثالث في الفرش الموضوعة فيه كالحصر والبواري ونحوها والكلام
في كل واحد منها تارة في جواز البيع وعدمه واخرى في صحة الاجارة وفسادها
وينقح البحث في ذلك بالتوقف على بيان معنى التحرير وكون الوقف اذا وقع
جامعا لجميع ما يعتبر في صحته من الايجاب والقبول حيث يشترط والقبض في الانتقال
ونحو ذلك فهل يوجب مجرد زوال ملك المالك الواقف عنه بلا انتقال الى
غيره والد وخروجه عن ملك المالك هل ينتقل الى الموقوف عليهم ويصير
ملكا لهم او لا بل يكون ملكا لله تعالى او يكون من قبيل فك الملك كما في التحرير
وجوه بل اقوال بيانه في الاشارة اليها موقوف على بيان القسم وثمرة الثمرة بين القول

بزوال ملك الواقف وبقائه في امور احدها انه لو قلنا بالزوال الى احد
الاقوال المذكورة بخلافه ما لو قيل بالبقاء وعدم الانتقال وثانيها
انه على القول بالبقاء يجوز للواقف وطى الامة الموقوفة المحرمة بخلافه على
القول الاخر بالزوال وثالثها ان ولاية الرجوع على القول بالبقاء تكون
للواقف وعلى القول الاخر للحاكم ورابعها ما ذكره في عدة ان فائدة
الخلاف فيما اذا حكمنا ببقاء ملكه لزم مراعاته والخصومة فيه الى غير ذلك من
الثمرات التي يقف عليها المتتبع اذا عرفت ذلك فنقول اما المقدمة الاولى
فالظاهر من كلام بعضهم كالحلبي الصلاح صراحة عدم زوال ملك الواقف عن الوقف
وحكى ذلك عن بعض العلماء ايضا ولكن المشهور هو الزوال والانتقال بل عن الغنية
دعوى الاجماع عليه وهو المنصور واستدل للقول الاول بوجوه الاول ان الاصل
يقتضي بقاء الملك والثاني قولهم بانه تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة
فان المراد حبسه انما هو بقاؤه في ملك المالك والثالث جواز ادخال الواقف
لمن يشاء في الوقف على اصاغر الاولاد وتشريكه لهم معهم فانه لولا بقائه في ملكه
لما جاز له ذلك والرابع ما ذكر في محكي كره وانه اذا وقف بقرة للحرث ولبنها
وصوفها المتجدد للواقف فيجوز له ان يتصرف فيهما وانت خبير بضعف الجميع
اما الاصل فلقيام الدليل المعتبر على خلافه واما الثاني فلعدم المنافاة بين التحبيس و
الانتقال لوضوح ان المراد منه منع التصرف فيه بالبيع والصلح والهبة ونحوها
مما ينافي الانتقال الدائمي المتصرف فالمراد كون الاصل محبوسا باقيا في ملك
الموقوف عليهم واما جواز التشريك فلمنعه اولا مع تمامية الوقف الا مع الشرط
وعدم دلالته على المدعى ثانيا لانه لو سلم فانما هو لقيام الدليل الشرعي عليه

عليه من الاخبار واما ما ذكره في كره فهو في الحقيقة من باب استثناء الواقف لبعض
منافع الوقف فانه يجوز مع وجود اللبن والصوف حين الوقف ولا ينافي
استثناؤه لمقتضى العقد لان الموقوف هو غير اللبن الموجود واما المتجدد بعد
الوقف فلا يجوز استثناؤه لقضية المنافاة هذا واستدل للقول المشهور
ايضا بوجوه احدها ان الواقف ممنوع من التصرف في كل من العين والمنفعة
فقضية ذلك خروجها عن ملك الواقف والا لجاز له ذلك وبعبارة اخرى يتحقق
الوقف سبب لا ينقطع نظر المالك وارتفاع سلطنته عن الاصل والمنفعة ابدا
وهو آية زوال الملك كما في العتق وثانيها ان اتلاف العين الموقوفة يضمن قيمتها
للموقوف عليهم ويجب عليه دفع القيمة اليهم لا الى المالك الواقف فهذا ايضا
دليل على زوال الملك والا لوجب دفع القيمة اليه وثالثها ان الوقف صدقة وكل
صدقة يخرج عن ملك المتصدق بها اما الصغرى فيدل عليها عدة من الاخبار واما
الكبرى فهو مستفاده من تشبيه الصدقة بالعتاق في بعض الاخبار كما ان العتق
يوجب زوال ملك المعتق عن العتق فكذا الوقف يوجب ايضا زوال ملك الواقف عنه و
رابعها الادلة الدالة على وجوب الوفاء كقوله تعالى اوفوا بالعقود فان الوقف
ايضا منها وقضية الوفاء به خروجه عن ملك الواقف وخامسها انه صدقة
وكل صدقة تمليك فيكون الوقف كذلك وسادسها عدم جواز وطي الامة الموقوفة
للواقف ولو كان باقيا في ملكه لجاز له ذلك وسابعها ما حكي عن شيخ مشايخنا
المرتضى رضه ان الوقف وان كان بمعنى الحبس ولا يدل الحبس على زوال الملك الا ان
العرف يفهمون منه ازالة الملك كما يفهمون ذلك في الصلح وثامنها انه
ورد في روايات على انتقال الوقف الى الموقوف عليه الخاص واذا ثبت ذلك
بالنسبة اليه فيثبت في الوقف العام ايضا بالاجماع المركب وعدم القول بالفصل
ومن ذلك رواية علي بن سليمان النوفلي عن ابي جعفر الثاني ع قال كتبت اليه اسأله

عن ارض اوقفها جدي على المحتاجين من ولد فلان بن فلان وهم كثيرون متفرقون
في البلاد فاجاب ع ذكرت الارض التي اوقفها جدك وهي لمن حضر البلد الذي
فيه الوقف الجزئي ان الدوام لقيد الملكية والمحكوم عليه هو الارض لا منفعتها
نظرا الى سبق ذكرها ويمكن ان يتمسك ايضا برواية علي بن حنان المتضمنة
لجواز بيع الوقف اذا حصل للموقوف عليهم حاجة لا يرتفع الا ببيع الوقف فان
الوقف لو لم يكن ملكا للموقوف عليهم لما تحقق لتمليكه وبالجملة فدلالة الرواية
على المرام ظاهرة ومثلها في الظهور قول امير المؤمنين ع لما حازه ابن ابي نيزر بعين
ينبع فقال هذا لوارث هو صدقة بتة بتلا في حجيج بيت الله وعابري سبيل
الله لا تباع ولا توهب ولا تورث فمن باعها او وهبها فعليه لعنة الله والملائكة
والناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فان المراد بالوارث في كلامه ع
هو الموقوف عليه كما ان المراد من قوله ع بتة بتلا انه منقطع عن صاحبها وبالجملة
فهذه فضول ما استدل او يمكن ان يستدل بها للقائلين بخروج الوقف بعد
تماميته عن ملك الواقف ولكن الانصاف توجه على ما عدا الاول خدشة منها
اما الاول فتارة بالنقض بالمال المرهون والمحجور عنه صاحبه لسفه او
جنون او غيرهما من اسباب الحجر فان المالك يمنع في هذه الموارد عن التصرف فيه حاله
شرعا مع ان المال لا يخرج عن ملك المالك بذلك فالمنع عن التصرف لا ينافي ثبوت
الملكية هكذا افاد الاستاد دام ظله ولكن فيه ان المنع في موارد النقض ليس
على سبيل التابيد والدوام بل انما هو في برهة من الزمان وهذا بخلاف الوقف
فان المنع عن التصرف فيه دائمي ابدي وبالجملة ففرق واضح بين ما نحن فيه وبين موارد
النقض لان المنع من التصرف فيها من جهة عدم كونه دائميا غير مناف لثبوت
الملك وهذا بخلاف الوقف فان المنع من التصرف فيه دائمي على سبيل الدوام

الا ان يراد كما ظن

على سبيل الدوام ينافي كونه ملكا كما لا يخفى واخرى بالحل لامكان منع الملازمة
بين المنع عن التصرف وبين زوال الملك فتامل واما الثاني فلان المتبادر منها
ثبوت مالية المال الغير كان له المالية تكون لصاحبه فان له ومن المعلوم ان مالية
العين الموقوفة اعني منفعتها للموقوف عليهم لا الواقف فلذا يجب دفع القيمة اليهم
لا اليه وذلك لا ينافي بقاء العين في ملك الواقف كما لا يخفى واما الثالث فلانه
يبتني على تقدير تسليم عموم المنزلة وكون الوقف كالعتق في جميع الآثار وهو موهون
عند الاصحاب ولو سلم فلا نسلم كون الصدقة كالعتاق في جميع الاحكام حتى اللزوم
والفك وقضية ذلك كون الوقف كالعتق في كونه تحريرا وفكا للملك وفائدة
نعم لان اكثر الصدقات ومنها الاوقاف الخاصة من قبيل التمليك لا التحرير كما
ان دعوى الاختصاص بالوقف العام كالمسجد الذي يكون الوقف فيه من قبيل
التحرير مدفوع بان استلزامها التخصيص الاكثر واما الرابع فانه كالسادس
مصادرة واضحة حيث صرحوا بان وطي الواقف لها كوطي الاجنبي لها او حرمة
واما الخامس فلامكان منع كليته الكبرى نظرا الى الاخبار الدالة على ان كل
معروف صدقة مثل ما ورد في غسل الجمعة والجنابة فهما ايضا من الصدقات
مع انه ليس فيها تمليك لا صدقة كما السكنى والرقبى والعمرى فانها ايضا
من الصدقات وليس فيها الا تمليك للمنافع دون الاعيان فتلخص مما ذكرناه
ان شيئا من الوجوه المذكورة لا يصلح لاثبات مقالة المشهور عدا الوجهين
الاخيرين اصحهما ما ذكره شيخنا في التحافة والثاني ما حكي عن جامع المقاصد فانهما
من جهة ما عن وسمة المآثر وكفى بهما دليلا على المسئلة ومع ذلك المنصوص عليه
المشهور من زوال ملك الواقف عن الوقف لما ذكر من الوجهين هذا تمام
الكلام في المقدمة الاولى واما الثانية فهو ان الوقف العام بعد تمامه او الملك
على وجه خروج ملك الواقف هل يكون من قبيل التحرير وفك الملك او من قبيل التمليك

والاشتغال وعلى الثاني ينفع الكلام في تعيين المالك ومن ينتقل اليه فانه
مما اختلفوا فيه على اقوال فمنهم من قال بانتقاله الى الموقوف عليه وصيرورته
ملكا لهم مطلقا سواء كان مسجدا او غيره فالفرق بينه وبين الوقف الخاص
انما هو في تعيين الموقوف عليه وعدمه فالاول في الثاني والثاني في الاول
فانه اما من قبيل الوقف على الجهة العامة كالمدرسة ونحوها او من قبيل الوقف
على عامة المسلمين كالمساجد وهذا القول صريح المحقق قده في الكتاب ونسبه في ك
الى اكثر الاصحاب وفي غيره الى المشهور ومنهم من قال بانتقاله الى الله سبحانه
وصيرورته ملكا لله وهو المحكي عن ط و[illegible] وفي الجواهر استظهار كونه من العام
ومنهم من فصل بين المساجد وما كان نحوها من قبيل التحرير وبين ما كان على جهة
عامة فاختار كونها ملكا لله تعالى وبين ما كان على معين فذهب الى انه ملك له
وهو المحكي عن العلامة قده في عدة من كتبه وشيخنا المرتضى رض في مجلس البحث
قال في محكي عد بعد الجزم بخروج الوقف عن ملك الواقف ثم ان كان مسجدا فهو فك
ملك كالتحرير وان كان على معين فالاقرب انه يملكه وان كان على جهة عامة فالاقرب
ان الملك لله تعالى ومحصل كلامه قده انه بعد ثبوت زوال ملك الواقف عن الوقف
فهو اما ان يكون مسجدا او غيره وعلى الثاني اما ان يكون وقفا على شخص
خاص او على جهة عامة فان كان مسجدا فوقفيته عبارة عن فك عن الملك كما في تحرير
العبد ومن هنا لا يشترط فيه القبول لا من الحاكم ولا من غيره ولا يشترط فيه القبض
من كل من تولاه من المسلمين بعد قبضه والمراد بالفك هو خروجه عن قابلية التملك و
زوال الملكية عنه رأسا وصيرورته كسائر ما لا يملك وبعبارة اخرى اوضح المراد
منه صيرورته من قبيل المباحات فتدبر وهذا هو المراد من تشبيهه بالتحرير

بالتحرير في كلامه قده او المراد منه سلب ملك الآدميين عنه وانفكاك المحل عنهم
فيكون من ملك الله تعالى كما في الوقف وعلى هذا احمل عبارة عد في محكي صد حيث قال ره
ان اراد المحقق قده المسجد فالحكم ليس من جهة ان الملك فيه ليس على نحو ما اختاره في غيره
لان كلا منهما يكون ملكا لله تعالى بل لان حكم المسجد والمقبرة متفق عليه واما الحكم في نحو الوقف
العام فمختلف فيه فلو جمع الكل وعبر بالاقرب لاشعر ذلك بان الخلاف في الجميع انتهى
والاول اقرب كما لا يخفى وان كان الوقف على معين فالاقرب انه يملكه لانتقاله نظرا
الى ثبوت احكام الملك له ولهذا يضمن باليد ولا يضر كونه ملكا كام الولد وعليه
اشار بلفظ الاقرب الى ما ذهب اليه بعض العامة من القول بالانتقال الى الله تعالى
في الوقف المعين ايضا وان كان الوقف على جهة عامة فالاقرب فيه ان الملك لله تعالى
ووجه الاقربية على ما ذكره في محكي صد هو امتناع انتقاله الى جميع افراد تلك
الجهة لان المفروض كونهم غير محصورين فلو ملكه الجميع امتنع صرفه الى بعض دون
آخر لتساوي النسبة ويحتمل كونه ملكا للموقوف عليه وهو الكلي ويشكل بان المالك
لا بد ان يكون موجودا في الخارج لاستحالة ثبوت الملك لما لا وجود له
لكن يمكن التفصي عنه بانه لا ضير في كون المالك كليا كما لا ضير في كون المملوك كليا
كصاع من الصبرة هذا ولعله قده اشار بقوله الاقرب هنا الى خلاف بعض الفقهاء
حيث قال بانتقال الوقف على الجهة العامة الى المسلمين والمراد بصيرورته ملكا لله تعالى
هو كونه على سبيل الانفكاك فيندفع ما يتوهم انه لا يعقل اضافة الملك الى الله تعالى
من الملكية هنا كما لا تعقل في غيره [illegible] وكيف كان فاذا عرفت عدد
الاقوال في هذا المجال فاستمع لادلتها على حسب ما يقتضيه المجال اما ما عليه
المشهور من الانتقال الى الموقوف عليهم فحيث عرفت توقفه اشارة على احراز

مثلها في الانتقال بدل

معه من يتنحى عدم كون الوقف تمليكا وتحريرا وبقي المالك فلا بد من اثباتهما
والقائمة الدليل على كل منهما فنقول اما الدليل على عدم كونه من قبيل الفك والتحرير
بعد زوال ملك الواقف فمن وجوه احدها ما حكيناه عن بعض مشايخنا المعاصرين من
ان الوقف وان كان بمعنى الحبس الا ان العرف يفهمون منه التمليك والعلماء كما
يفهمون ذلك في الصلح وثانيها الاخبار الدالة على جواز بيع الوقف للموقوف
عليهم اذا حصلت لهم حاجة لا تندفع الا بالبيع فانهم لو لم يكونوا مالكين للوقف
لم يكن لهم ذلك ولم يستحقوا الثمن واذا انفرد ذلك فمن استدل للقول المشهور
بوجوه احدها ما ذكره المصنف في الكتاب حيث قال الوقف ينتقل الى ملك
الموقوف عليه لان فائدة الملك موجودة فيه من وجوه الانتفاعات بالنماء ونحوه
والضمان بالتلف واضاف الى ذلك وهذا الدليل وان كان لا يثبت بغير المالك ولها
الموقوف عليه فهو بل انما يثبت بقاء الملكية على حالها وعدم كونه من قبيل الفك
والتحرير الا انه يتم المطلوب بضميمة الاصل والقاعدة المقررة في محلها اعني قاعدة
التبعية الدالة على ان كل من ملك العين ملك الانتفاع بها وبالعكس خرج منه ما خرج
كالعارية من الاصل لعدم كونه مستتبعا لملك العين والاجارة من العكس كما لا يخفى
بقي الباقي داخلا تحت الاصل والقاعدة ومن المعلوم ان الموقوف عليهم في الوقف
العام يملكون الانتفاع من الاعيان الموقوفة ومقتضى ذلك تملكهم للاعيان
ايضا بمقتضى القاعدة ودعوى ان القاعدة انما تتم في المنافع دون الانتفاعات
مدفوعة بان التغاير بينهما انما هو بحسب الانتزاع باعتبار اشتراط المباشرة
في من ينتفع بها فيكون من قبيل الثاني وعدمه فيكون من قبيل الاول وفي انهما من قبيل كما لا يخفى
المتلازمين وعلى هذا فعدم تعين الحصة للموقوف عليه وكونه هو المالك

المالك من جهة الكلية على وجه خصوص بالتقريب المذكور فهو كونه مالكا للمنافع
فيلزمه ملكية العين وثانيها ما اتفق عليه الاصحاب من ضمان من اتلف الوقف بالمثل
او القيمة وهذا مما لا كلام فيه وانما الكلام في تعيين المضمون له ولا ريب ان الضمان
انما يكون للمالك فحال ان يكون المالك للوقف يكون هو المضمون له دون الواقع
ان ما ثبت للموقوف عليه فيكون هو المضمون له دون المالك وثالثها ان الوقف من
العقود وكل عقد يحتاج الى القبول اتفاقا والقابل ليس الا الموقوف عليه فيكون هو
المالك لان القبول لا يحصل الا ممن انتقل اليه الملك فان قلت كيف تدعي الاجماع على
اشتراط القبول في الوقف مع ان في اشتراطه اقوال ثلثة قول بالاشتراط مطلقا
وهو مذهب الاكثر وقول بالعدم كذلك نظرا الى اقتصارهم في مقام بيان صيغة الوقف
على مجرد الايجاب كقولهم حبست وسبلت وعدم تعرضهم لذكر القبول وقول بالتفصيل
بين الوقف الخاص والعام بالاشتراط في الاول وعدمه في الثاني وهو المحكي عن الشهيد
والفاضل الصيمري وبالجملة فهنا الخلاف في اعتباره فلا بد من دعوى الاتفاق
عليه قلت الخلاف المذكور انما هو في اشتراط القبول اللفظي وما ذكرناه من الاتفاق
انما هو في القبول الفعلي الحاصل بالقبض وهو مما لا كلام فيه فلا منافاة
بين ما ادعيناه من الوفاق وما ذكر من الخلاف وبالجملة فاعتبار القبول الفعلي في
الوقف مما لم يعهد فيه خلاف بين العلماء الاعلام قدس سرهم وانما الخلاف والكلام
في القبول اللفظي ومن هنا يتوجه ما فيما ذكره بعض المحققين في جواب كلام بعض
جعل الوجه في القبول مقامين احدهما في اشتراط القبول وعدمه والثاني في اعتبار
كونه لفظيا وعدمه فان اعتباره في الوقف ولو بعنوان مما لا نزاع فيه ونزاع في
كونه من العقود فالنزاع انما هو في المقام الثاني من المقامين فالاولى جعل

فعل التحبيس فقط لعدم الخلوف في الاول فتامل ورابعها ما في
جواهر شيخ الاساتيذ من ان كل وقف لا بد له من الموقوف عليه بل هو من اركانه
وما ورد عليه اولا بان ما ذكره من افتقار الوقف الى الموقوف عليه اشبه شيء
بالمصادرة فللخصم ان يمنع ذلك نعم لو كان مراده من هذا الكلام ان
الوقف العام من العقود فلا بد فيه من الموقوف عليه حتى يكون هو القابل فهو
حسن الا انه على هذا يرجع الى الدليل الاول ولا يصير دليلا مستقلا وثانيا
ان افتقاره الى الموقوف عليه لا يدل على انتقال الرقبة اليه وصيرورته ملكا له
لجامعيته مع بقائه على ملك الواقف ايضا وكون التمليك بالنسبة الى خصوص
المنفعة فقط كما في الحبس فانه يحتاج الى المحبوس عليه مع عدم صيرورة العين
ملكا له بل انما تملك المنفعة هذا وعكي انقضى عنهما اما عن الاول فبان ا
الكلام انما هو بعد الفراغ عن عدم كونه من قبيل الفك والتحرير ووجوب خروج ملك
الواقف بالصيغة وح فاحتياجه الى الموقوف عليه يلازم كونه له هكذا افاد
الاستاد وفيه نظر واضح وكذا عن الثاني اذ بعد فرض زوال الوقف عن الواقف
واحراز عدم كونه تحريرا يكون من قبيل تمليك العين والمنفعة معا وهو ايضا كما
ترى وبالجملة فهذا اقوى ما يستدل به على مذهب المشهور واما القول
بالتفصيل فيدل على كونه فكا في نحو المسجد وجوه احدها ما ذكره في مجمع
[illegible] وهو ان المسجد لا يحتاج الى القبول لا من الحاكم ولا من غيره ولو كان ملكا
لاحد لاحتاج الى القبول كما لا يخفى وثانيها الاجماع على كونه فكا على ما
ادعاه بعض فتأمل في محكي الايضاح وثالثها الاصل لان القدر المعلوم
انما هو خروج ملك المالك واما دخوله في ملك المسلمين فمنفي بالاصل نعم
يحكم بالحكم باباحة الانتفاع منه للمسلمين لاصالة الاباحة ورابعها ما حكي

ما حكي عن شيخ مشائخنا رض حيث استدل على كون المسجد فكا بان للتمليك اثارا و
احكاما كجواز البيع والاجارة ونحوهما وهي منتفية في المقام فلا يكون ملكا
لان انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم ودعوى ان ترتب الضمان عليه
بالتلف ينافي عدم كونه ملكا مدفوعة بما تقدم من ان الضمان انما هو من اثار المالية
واحكامها لا من اثار الملكية الا ترى ان الاصحاب يحكمون بضمان الحر الصغير وكذا
البضع مع انهما ليسا بملك بل ولا مال فتأمل فان قلت الضمان لا بد له من سبب وهو
اما التلف الثابت سببيته من قاعدة اليد واما الاتلاف الثابت سببيته من قاعدة
من اتلف مال الغير فهو له ضامن اما الاول فغير ممكن لا يمكن تعلق اليد به ويتصور
في المقام فيما لو غصب احد مسجدا فتلف تحت يده بخلاف الثاني فانه لا يتصور
في المسجد على القول بانه فك كما هو المفروض لان الاتلاف الذي ثبت سببيته للضمان
من حديث من اتلف انما هو الاتلاف المضاف الى مال الغير فلا بد في اثبات الا ضامنه
في المقام يحكم بالفرض لعدم كون المسجد ملكا لاحد وانما هو فك وتحرير وح فلو
اتلفه لا يصدق عليه انه اتلف مال الغير وعلى هذا فيلزم الالتزام بالتفكيك
بين السببين على القول بايجاب الاول للضمان دون الثاني وهو كما ترى مما لا يقول به
اصحابنا قلت اولا ان عدم ثبوت الضمان غير قادح بل هو مؤيد للقول بالفك كما لا
يخفى وثانيا ان الضمان في صورة الاتلاف انما ثبت بالاجماع المركب وعدم القول
بالفصل اذ كل من قال به في صورة التلف قال به في الاتلاف ايضا فتدبر
فان قلت الضمان من الامور الاضافية التي لا بد فيها من تحقق المنتسبين وهو الضامن
والمضمون له والمسجد على القول بكونه فكا كما هو المفروض يكون من قبيل المباحات
فلا يعقل الضمان فيه لفقد احد المنتسبين وهو المضمون له قلت المضمون له على
هذا القول هو الله تعالى نعم ان قلت على ما ذكرته يلزم الالتزام بالضمان في جميع
المباحات مثلا لو اتلف شخص سمك الماء او وحوش الفلاة او طيور الهواء

وهذا امام يلتزم بل لا يلتزم به احد فلك هذه غفلة وشبهة فيما نحن فيه من الخلط
بين المباحات فان وقف المسجد وان قلنا بكونه منها لكن جهة امتياز ونحو
اختصاص منها من حيث الاحكام لثبوت احكام خاصة له من الشارع لم نثبت
تلك الاحكام لغيره من المباحات كما لا يخفى فان قلنا الضمان في المباحات انما يتعقل
على القول بكونها ملكا للمسلمين فيرجع على المتلف الضامن دفع بدلها اليهم واما على القول
بكونها تحريرا كاعتق فلا معنى للضمان فيها ثم معنى الضمان فيها
وجوب صرف قيمته في بدله بان يصرفها في مسجد اخر فيكون حكم البدل حكم المبدل
في كونه تحريرا وهذا مما لا اشكال فيه ولكن الانصاف ان الوجوه التي ذكره كلها
مدخولة اما ما ذكره المحقق الثاني من عدم اشتراط القبول فيه ففيه اولا
انه ممنوع فانه نقل عن العلامة في التذكرة القول باشتراط القبول وتلقاه بالقبول
وفي المسالك انه اولى وثانيا لو سلمنا العدم فانما هو بالنسبة الى القبول اللفظي كما
تقدم واما القبول الفعلي فاعتباره غير قابل للانكار لما مر كونه وقفا فيما
واما الاجماع فهو ممنوع سواء قلنا بكونه من قبيل المباحات او بكونه ملكا
للملك وصيرورته ملكا لله تعالى لوجود الخلاف على كلا التقديرين حيث ذهب
بعض الاصحاب الى عدم كونه ملكا له تعالى واخر الى عدم كونه من المباحات فانه ملك
فتدبر واما الاصل فهو محجوج بالادلة واما ما ذكره شيخ مشايخنا دام ظله من انه لا
اثار للملك في المسجد فيكون تحريرا ففيه ان فائدة الملك موجودة فيه
لو كان مرادهم من انتفاء اثار الملكية عدم جواز بيعه واجارته ففيه ان
القائل بكون المسجد ملكا وعدم كونه تحريرا لا يحاشي عن القول بجواز بيعه واجارته
مع حصول الخراب بحيث لو بقي بحاله لم ينتفع به اصلا هذه خلاصة ما ذكره

ما ذكروه من النقض والابرام في الوقف العام من جميع ما ذكرناه في المقام ظهر لك
ان الحق الذي لا محيص عنه هو الالتزام بان المسجد ملك للمسلمين لوجود ثمرة الملكية
وجواز اجارته واما بيعه فلا اشكال فيه لقيام الاجماع على عدم جواز بيع
المسجد فتدبر ومما ذكرنا ظهر بطلان ما حكي اختياره عن الفاضل المتقدم من كونه ملكا
هذا كله في اثبات المطلب الاول من التفصيل واما المطلب الثاني اعني كون الوقف على
الجهة ملكا لهم فلخصه ان الدليل عليه هو ما دل على كل واحد من المنقضي
والمحال انه ملك كل واحد واحد معين او غير معين للاجماع وللحالة البرزخية
بلا مرجح ولاستحالة كونه موقوفا عليه هو الكلي العام وجوده في الخارج فتامل هذا
ولكنه ينقض بالخمس والزكوة وثلث المال والاراضي المفتوحة عنوة فتحقق ذلك بما
يكون المالك والمنتفع له كليا فالقول به هنا كالقول به هناك هذا
تمام الكلام في مقصد الرام فلنشرع في الاصل المقصود وهو جواز التصرف في الوقف
العام وعدمه فنقول اما اجارة ارض المسجد للزراعة ونحوها فيما اذا خرب المسجد
وحصل الياس عن الانتفاع به في الجهة المقصودة فلا اشكال في جوازه لوجود المقتضي و
فقد المانع لكن مع المحافظة على الاداب اللازمة لها ان كان مسجدا مثلا وانقاض
المساجد واحكامها كذلك لعله يغلب البدو تسولي عليها فيقضي عليها بالملك و
يعامل معها معاملة الاملاك ثم لا بد من صرف اجارتها وانقاضها
في الوقف فيصرفها اولا في الاحوج والافضل فعلى الجملة في المدارس مع التعارض على
الواجح ومع فقد المماثل هو يصرف في غيره مع تقديم الاولى فالاولى ومع التعذر
تصرف الاجارة في مصالح المسلمين هذا واما بيع ارض المساجد في مواضع يجوز
فيها بيع الوقف كالوقوف للمسجد بحيث خرج عن الانتفاع بها من حيث المسجدية

واما مقتضى القاعدة عدم جوازه ايضا ولو لم يقم اجماع على خلافه هذا كله
في حكم ارضه واما غيرها من سائر اجزائه كالجذع المكسور وجذوع سقفه والآجر
الملقى من حائطه المنهدم فحكمه على المختار حكم الارض واما على القول بكونه ملكا
للمسلمين فيتفرع عليه صحة اجارة تلك الاجزاء اذ لا مانع منها كما لا مانع من
صحة اجارة المسجد نفسه مع خروجه عن الانتفاع به راسا واما بيع الاجزاء
ففي جوازه وعدمه وجهان من قيام الاجماع على عدم جواز بيع المسجد والاجزاء
من اجزائه بيانه فلا يجوز بيعها ايضا لكونه مسجدا في الحقيقة ومن ان القدر
المتيقن من معقد الاجماع عدم جواز بيع نفس ارض المسجد دون ما عداها من اجزاء
البنيان وعلى هذا فلا مانع من القول بجواز بيع الآلات والاجزاء الخارجة عن
حقيقة المسجدية بل كلها من قبيل المنفعات لها كما لا يخفى هذا ويحتمل في الاجزاء كونها
من قبيل [illegible] الملك بناء على كون المسجد واضرابه من قبيل المباحات بمعنى اباحة
الانتفاع بها للمسلمين من غير تعلق اجرة لها عليهم لا المباحات التي تملك بالحيازة
كمياه الماء وطيور الهواء وعلى هذا الاحتمال فان كانت مصلحة على صرف عينها
فيه يجب لان مقتضى وجوب ابقاء الوقف وجوب ابقاء [illegible] على وجه [illegible]
لان الموقوف يجب ابقاؤه على حسب ما يوقفها اهله لكن لا يجب على احد تحمل الصرف بل
يصرف المؤنة من مال المسجد ان كان له مال والا فيجب المؤنة على بيت المال هذا وان
لم تقم مصلحة على جعل الاجزاء جزءا للمسجد ثانيا فعلى القول بان المسجد من قبيل
الملك لا يجوز بيعها [illegible] عدم الملكية [illegible] فان قلنا بوجوب مراعاة الاقرب
الى مقصود الواقف فالاقرب [illegible] صرفها في مصالح المسجد كاحراق الجذع في طبخ
آجر المسجد ونحوه كما عرفته والا فيجوز صرفه في مسجد آخر كما عرفت والا فيصرف
في سائر مصالح المسلمين وقد اختار هذا التفصيل شيخنا [illegible] في كتاب

في المكاسب [illegible] بعضهم احتمال [illegible] قيل بل [illegible]
وفيه نظر انتهى اقول اما التفصيل فهو على القول بكون المسجد ملكا للمسلمين ان يعني
ان اختيار القائل بالملكية بهذا التفصيل اولى من غيره واما قول [illegible] فان كان
مراده من التملك بالحيازة التملك الابتدائي لا على وجه [illegible] الذي ذكره شيخ
مشايخنا فله وجه بناء على كونها [illegible] المبني ولكنك قد عرفت فساد
المبني وان الاقوى كونه ملكا للمسلمين واما لو كان مراده التملك بالحيازة بعد
التفصيل فهو [illegible] احتمالا لا يساعده الدليل واما فرش المسجد كالحصر والبواري
ونحوها الموضوعة فيه لصلوة المسلمين فهي اذا خلقت واندرست [illegible] للمسلمين بحيث لا
يمكن استيفاء المنفعة المقصودة بها منها ملك للمسلمين [illegible] فيتبع الوقف
على الجهة فيكون [illegible] نعم كما حكى [illegible] في التفصيل الذي [illegible] اليه
[illegible] لا يترتب على النزاع في ذلك ثمرة علما وعملا [illegible]
وغيرهما وبالجملة فالنزاع في الملك [illegible] نعم [illegible] اصلا
كيف كان فلا اشكال ظاهرا في جواز اجارة الفرش ونحوه وبيعها في مواضع
تسويغ بيع الوقف التي ذكرناها في الوقف الخاص فراجع ثم
ان الكلام في حصير المسجد انما هو فيما اذا كان وقفا عليه فانه ملك للمسلمين ولا
يجوز لهم تغييره [illegible] الا في موارد الاستثناء التي منها
يجوز فيها بيع الوقف واما الحصر الغير الموقوفة التي يشترى من مال المسجد ملكا
طلقا فليس من محل البحث في شيء لانها مما يجوز بيعه للناظر مع اقتضاء المصلحة
ولو مع عدم خروجها عن قابلية الانتفاع ومع كونها جديدا [illegible]
ولو دار الامر بين اجارة الفرش وبيعه ففيه الوجهان المتقدمان في الصورة
العاشرة من الصور المتقدمة فراجع وقد تلخص مما ذكرناه ان المسجد وما يتعلق به

من الاجزاء كالاحجار والاخشاب والابواب والفرش الموجودة فيه كلها
ملك للمسلمين يجوز بيعها واجارتها ونحوها من انحاء التصرفات الا
ان اصل ارض المسجد خرج عن صفة الملكية بسبب قيام الاجماع على عدم
جواز خصوص التصرف بالبيع فيه واما غير الارض من الالات و
الاجزاء فلم يقم فيها اجماع على المنع عن بيعها فمقتضى القاعدة جريان
جميع احكام الملكية عليها حتى جواز البيع في الموارد المجوزة وعلى
هذا فعدم تجويز الاصحاب لبيع مطلق حصر المسجد وارضه لا ينافي
تجويزهم لبيع غيرها من الاجزاء والالات مع ان الجميع من واد واحد
وكلها ملك للمسلمين ومحكوم بحكم واحد في سائر الاحكام كحرمة التنجيس
والتلويث ونحوها وذلك لما عرفت من قيام الاجماع على المنع من خصوص
البيع في خصوص الارض فقط فقصر في غيرها ثم ان اموال المساجد
كالدكاكين والحمامات والقرى الموقوفة عليها على اقسام ثلثة احدها
ما يكون وقفا على المسجد بنفسه وثانيها ما يكون وقفا على المسلمين
الا انه يوضع في المسجد لشرافته وثالثها ما يكون من قبيل التسبيل
كوضع حب الماء في المسجد للتوضي مثلا وهذا القسم الاخير ايضا
اما ان يكون تسبيلا على طائفة مخصوصة من المسلمين كمن يصلي منهم في المسجد
مثلا او على مطلق المسلمين سواء صلوا فيه ام في غيره اما القسم الاول
فالظاهر انه لا اشكال في كونه ملكا للمسلمين وفي جواز انتفاعهم به في المسجد
دون غيره من الامكنة وكذلك الثاني الا انه يجوز لهم الانتفاع به مطلقا في
المسجد وغيره واما الثالث فان علم كونه تسبيلا لطائفة خاصة فلا ريب
في جواز الانتفاع به لهم لا لغيرهم فلا يجوز التوضي في هذا الفرض من الماء

من الماء الموضوع في مسجد لمن يريد الصلوة فيه وكذا لا اشكال في جواز
الانتفاع والتوضي منه لكل منهم وان لم يرد الصلوة فيه فيما لو علم كونه
تسبيلا لمطلق المسلمين من غير ملاحظة خصوصية فحكم هاتين الصورتين
مما لا كلام فيه وانما الكلام في صورة الاشتباه وان شك كما لو فرش
حصير في المسجد او وضع حب الماء فيه وشك في كونه من قبيل الوقف
على المسجد حتى لا يجوز الانتفاع به في غيره او من قبيل الوقف على المسلمين كافة
حتى يجوز الانتفاع به مع ارادة الصلوة ومع عدمها كمجرد الجلوس والتوقف
في صحن المسجد او الوضوء ولو مع عدم ارادة الصلوة فيه ونحو ذلك فقد يقال
ان الشك يرجع في قبيل الشك الدائر بين الاقل والاكثر لتقرير ان كونه
تسبيلا في الجملة متيقن والشك انما هو في ان الواقف هل قصد ذلك على
وجه العموم او قصره على وجه الخصوص فيدفع احتمال الزائد بالاصل على ما
هو المقرر في محله وقد يقال انه من قبيل المتباينين لان الواقف اما لاحظ كونه
تسبيلا لخصوص المصلين في المسجد او لاحظ كونه لعامة المسلمين صلوا فيه
او في غيره فليس للواقف في مثل المقام لحاظان حتى يدفع الزائد من الواحد
بالاصل بل انما يكون له لحاظ واحد هذا ولكن فصل بعض مشايخنا
العظام بين ما كان من قبيل الفروش وبين ما كان من قبيل القرب وبين ما
هو من قبيل حب الماء فادعى ظهور الاول في الاختصاص وظهور الثاني في
التعميم وان جريانه على فرض التعميم من باب ظهور الحال وهو مما لم نفهم دليل
على اعتباره هذا تمام الكلام في المسجد واما غيره من المدارس والخانات
والقناطر ونحوها مما يكون من قبيل الوقف على الجهة العامة فمحصل الكلام
فيها انه لا اشكال بل لا خلاف ظاهرا في انها ايضا مثل ما ذكرناه في
المسجد ليس من قبيل الفك والتحرير وانما الخلاف في تعيين المالك وانه هل

فهل هو الله تعالى المالك الحقيقي كما قال به العلامة قده فيما تقدم نقله عنه اوانه للمسلمين فيجوز لهم الانتفاع بها واجارتها او بيعها عند خروجها عن قابلية الانتفاع بها في الجهة المقصودة ولا يذهب عليك انه لا طائل تحت هذا النزاع بعد فرض اتحاد المصرف على كلا التقديرين اضافة الملك الى الله سبحانه او الى المسلمين فالنزاع فيه اشبه شيء بالنزاع اللفظي لو لم تكن عبثه وعلى هذا فما ذكره شيخ الجواهر قده من الثمرة من انها ملكا لله تعالى يكون حكمها حكم الاراضي الانفال التي كونها مختصا بالامام ع بخلاف ما لو كانت ملكا للمسلمين غير مثمرة لا يحد كون الملك لله تعالى لا يوجب صيرورته مختصا به ع على وجه التمليك بل هو ثابتا مع الله بل المختلف باختلاف المقامات ومن المعلوم انه لا دليل في المقام بما عدا ما ذكره لا عقلا ولا نقلا كما لا يخفى على المتتبع هذا وقد ينبغي في المقام فروع ثلثة ينبغي التعرض لها تتميم المرام وختم الكلام الاول انه لو غصب المسجد او المدرسة او نحوهما غاصب فلا ريب في عدم كون منافعها الفائتة التي لم تكن العين المغصوبة معدة لها مضمونة على الغاصب لبقاء تلك المنافع على عدمها الاصلي الاولي والمفروض عدم استيفاء الغاصب لها ومن الواضح ان كل عين لم تكن معدة لجهة خاصة لا تكون منافعها الفائتة الغير الموضوعة لها العين مضمونة واما المنافع المستوفاة التي استوفاها الغاصب ولو من غير الجهة المعدة لها العين كما لو جعل الغاصب المسجد المغصوب والمدرسة المغصوبة خانا او بيتا للسكنى فلا اشكال ظاهرا في كونها مضمونة واما ما ذكره شيخ مشائخنا المرتضى قده من عدم كون المنافع المستوفاة في المذكورات مضمونة على المستوفي فهو مبني على مختاره من عدم كون المسجد واضرابه قبل التحرير وقف الله تعالى فقد عرفت ضعف المبنى في كيفية البناء واما على ما اخترناه من انها ملك للمسلمين فلا اشكال في ضمانها لهم الامر الثاني انه لو اتلف متلف نفس العين الموقوفة او

اما اجزائها فقال شيخ مشائخنا قده ان في الضمان وجهان والاقوى عندنا هو الضمان لعموم من اتلف وعموم على اليد هذا ايضا لا غبار عليه لانه قد اجمع العلماء رضوان الله عليهم كافة على ان الوقف لا يبطل بمجرد الصيغة بل يشكل الامر في الحصر الملقى في المساجد والابنية المحدثة فيها اكتفاء بها عند انهدامها مع علم العادي بعدم جريان عادة الناس على اجراء الصيغة في امثال ذلك فكيف الحكم فيها والاقوى انها مع انتفاء الصيغة باقية على ملك مالكها ولا تخرج عن ملك مالكها بمجرد الوضع او الاستعمال فيجوز له الرجوع فيها قبل ذلك نعم لو قلنا بان الاعراض من اسباب الخروج عن الملك كما قال به بعض الاصحاب فلا اشكال في خروجها عن ملكه وصيرورتها ملكا للمسلمين كما قال لو ابيح في نثار العرس ولكنه غير مرضي عندنا كما مر مرارا فشكر الله العالم الموفق ولنختم الكلام في هذه الاجزاء فيما يتعلق ببيع الوقف وشرح القول فيما يتعلق ببعض اجزائه والحمد لله اولا واخرا وظاهرا وباطنا

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

قال المصنف قدس سره في البيع ولا بيع ام الولد ما لم يمت ولدها او في ثمن رقبتها مع
اعسار مولاها وفي اشتراط موت المالك تردد انتهى. اقول من اسباب
خروج الملك عن كونه طلقا صيرورة الامة ام ولد لسيدها فان ذلك
يوجب منع المالك عن بيعها والكلام فيها يقع في جهات الاولى في تحقق
موضوع ام الولد وتشخيص معناها والثانية في حكم بيعها جوازا ومنعا و
الثالثة في حكم المستثنيات على كلا القولين وهي على القول بعدم جواز بيع الامة
المستولدة تبلغ الى نيف وعشرين على ما انهاها بعض المحققين واما على
القول بالجواز فبالحري في بيان مواردها اثنى عشر. اما الجهة الاولى فتحقيق
الكلام فيها انه لا ريب في ثبوت الحقيقة الشرعية في خصوص لفظ ام الولد
وان لم نقل بثبوتها في غيرها من الفاظ العبادات والمعاملات والذي
يظهر من كلمات الاصحاب وصرح به الفاضل الجواد المعروف بشرحه لكتاب في شرحه
على الروضة انه يعتبر في تحقق موضوعها امور منها ان يكون الولد حرا
فلو كان مملوكا اما لكون الواطي حال الوطي والانعقاد لم يكن عبدا مملوكا
او لاشتراط رقية الولد مع كون الواطي حرا ان قلنا بجواز هذا الشرط
فانه لا تصير ام الولد شرعا ولا يترتب عليها احكامها ومنها
ان يكون متكونا من الوطي الحلال او المباح ذاتا وان كان حراما بالعرض كما
لو وطئها في ايام الصوم او الحيض فلو كان الوطي حراما ذاتيا كالزنا بالاجنبية
او وطي المحارم العياذ بالله فلا يترتب عليها احكام ام الولد لانتفاء الموضوع
شرعا لقوله ع لا حرمة لماء الزاني نعم حرمة الوطي العارض كالحيض والصوم

والصوم والرهن ونحوها لا يمنع من تحقق الاستيلاد وترتب الاحكام عليه
ومنها ان يكون العلوق في ملكه بما يكون مصداقا للتسري بان يكون مصبه
فلا يثبت الاستيلاد بعلوقها منه لغيره اذا كانت زوجة للواطي او موطوئة
بالشبهة كان يطأها بتخيل كونها امته فانكشف الخلاف فالوطي في هاتين
الصورتين وان كان مباحا الا ان الامة لا يترتب عليها احكام ام الولد ومنها
ان يكون الولد متكونا فهذا تحصيل ما ذكره شارح الروضة من الشروط في تحقق
الموضوع في المقام ولكن لا يذهب عليك ان جعل هذه الامور بأسرها من
شرائط الموضوع لا يخلو عن شيء بل في محل المنع نعم بعضها من شرائط الموضوع
كشرط اباحة الوطي اذ مع حرمته شرعا ينتفي الموضوع وبعضها
من شرائط الحكم كاعتبار كون العلوق في الملك وهذا بناء على كون
الالفاظ اسامي للاعم من الصحيح والفاسد واما بناء على وضعها لخصوص
الصحيح فالشرط المذكور ايضا من شرائط الموضوع لان ام الولد التي
يترتب عليها الاحكام شرعا على هذا القول هي الامة التي يصدق عليها
اسم ام الولد على وجه الصحة وبالجملة فتنقيح الحال في ذلك بشرط تنقيح
الكلام في كل واحد منها على نحو التفصيل فنقول اما الشرط الاول اعني
اشتراط كون الولد حرا فيقع الكلام فيه في مقامات احدها في تحقق
كونه شرطا في الموضوع او في الحكم وثانيها في فائدة اعتباره و
ثالثها في اقامة الدليل على الاعتبار اما المقام الاول ففيه وجهان
مبنيان على القول في مسألة الصحيح والاعم فعلى الاول يكون حرية الولد من
شرائط تحقق الموضوع فانه لا يتحقق على وجه الصحة الا به كما انه على الثاني
من شروط الحكم واما المقام الثاني ففائدة الشرط المذكور الاحتراز
عن كون الولد رقا مملوكا فانه لا يترتب عليها احكام الاستيلاد وقد مثلوا

لانتفاء هذا الشرط بانتفاء موضوعه ومنها ما لو تزوج امة وشرط
مولاها كون الولد رقا فانه تستولدها فقالوا بعدم صيرورة الامة
المفروضة ام الولد وعدم ترتب احكام المستولدة عليها لانتفاء الشرط
الاول وهو حرية الولد وفيه انه لا الا ان اشتراط المولى رقية ولدها لا
يوجب رقيته حتى يتفرع عليها عدم ترتب احكام الاستيلاد على امه وذلك
لعدم تسالمهم على اعتبار هذا الشرط بل اختلفوا فيه وذهب جمع الى عدم
الاعتبار كما لا يخفى على من تتبع كلماتهم وح فلا مانع من جريان احكام
الاستيلاد في المثال المذكور عليها مع كون الولد رقا ولو سلمنا ا
اعتبار الشرط المزبور وعدم ترتب احكام الاستيلاد في المثال المذكور
ليس من جهة انتفائه بل انما هو من جهة انتفاء شرط اخر وهو كون العلوق
في الملك فانتفاؤه فيه واضح فليس شرط الحرية مغنيا عن اشتراط كون
العلوق في الملك ومنها ما لو اشترى امة وشرط مولاها البائع لها
رقية ولدها فاستولدها المشتري فقد يقال ان الامة المفروضة لا تصير ام ولد
وان كانت علوقها وحملها في الملك لانتفاء شرط الحرية في الولد لكونه مملوكا
بمقتضى الشرط ولكن فيه منع صحة الشرط المزبور بل لم يقل احد بصحته واما الحكم
بصحة الشرط المزبور وصيرورة الولد رقا في المثال الاول فانما هو من جهة
وجود المقتضي للرقية ثمة لكون الامة فيه ملكا لمولاها وزوجها للغير فيكون
اشتراط الرقية فيه لرفع المانع بخلاف المثال الثاني لانتفاء مقتضي
الرقية فيه اصلا فلا يكون الاشتراط فيه لرفع المانع ليصير ولدها
ملكا للمشتري نماؤها لذا للمشتري فينعتق عليه ويكون الولد حرا
ويجري احكام الاستيلاد عليها بالنسبة اليه نعم لو قلنا بصحة الشرط
المزبور في اشتراط الرقية في هذا المثال الثاني فيكون انتفاء الموضوع

الموضوع فيه لانتفاء شرط الحرية فلا يترتب عليها احكامها ومنها ما لو
وطئ العبد امة ملكها المولى اياه وقلنا ان العبد يملك فاستولدها العبد فان
علوقها منه ولكن ذكروا عدم ترتب اثار ام الولد على هذه الامة لانتفاء
شرط حرية الولد في الفرض وفيه ان هذا الفرع كونه من اصله لغاية مو
موقوف على احراز امرين احدهما احراز ان العبد يملك ما ملكه
المولى وثانيهما عدم انعتاق ابيه عليه بان يكون مسئلة انعتاق الولد على
الوالد مختصة بالاحرار دون العبيد اما لضعف مالكية العبد او لقصور
الادلة الدالة على الانعتاق في العمود عن الشمول لهم اي للاولاد للعبيد
لانصرافها الى الاحرار وكلاهما في محل المنع اما الاول فلما تقرر في محله من عدم
ما يليه الادلة الدالة على عدم مالكية العبد وانه كل على مولاه كما هو المشهور
المنصور للتخصيص لكونها من العقليات الغير القابلة له ومقتضاها
عدم صيرورة العبد مالكا لشيء مطلقا واما الثاني فلمنع اختصاص الادلة
بالاحرار لعدم قيام دليل عليه وح فلا يتفاوت الحال بين كون الولد للحر
او للعبد فتامل ومنها ما لو اشترى المكاتب المشروط من مال التجارة امة
للتجارة فاستولدها فحكم شارح ضه بان الولد يكون موقوفا ولا يملك
الا بعد بيع الامة المفروضة اذا عجز عن اداء مال الكتابة وان اداه تصير الامة
مستولدة له ويجري عليها احكام الاستيلاد واقول ان الوجه في كون الولد
موقوفا هو انه لا ضمان للاداء العبد مال الكتابة وصيرورة الولد حرا لانعتاقه
على ابيه بعد الاداء ولا ضمان للعجز عن الاداء واسترقاقه للمولى الجميع فحيث ان

ان اداءه لمال الكتابة كعجزه عنه غير معلوم بل كل منهما محتمل فلذا يكون الولد
موقوفا مراعى لا لعدم معلومية حاله ووجوده بين الحرية والرقية ومن هنا
يظهر الوجه في حكمه بعدم كون العبد مالكا لبيعها هذا ولكن يرد عليه ان
رقية الولد انما هو على فرض عدم اداء الاب لمال الكتابة وفرض فكه تكون
الولد رقا وجواز بيع الامة المفروضة فان تكتب مقتضى ما ذكره الحكم بجواز
التصرفات فالفضولي قبل اجازة المالك لاجراء الاصل المذكور فيه ايضا
مع انك لا تقول به بل لا يقول به احد قلنا ان مقتضى الاصل في الفضولي
حرمة التصرف في مال الغير وهذا معارض لمقتضى الاصل هنا فتدبر واما ما
ذكره رحمه الله من الحكم بثبوت الاستيلاد بعد اداء العبد لمال الكتابة فهو على
اطلاقه غير مسلم بل هو انما يستقيم على القول بالكاشفية بان يكون اداء
مال الكتابة كاشفا عن حرية الاب المكاتب وحريته كاشفة عن حرية الولد من
الولادة فحينئذ تترتب عليها احكام ام الولد واما على القول بالنقل بان يكون
الاداء ناقلا ~~خروج~~ للعبد عن ملك المولى حين الاداء فلا لوقوع العلوق
في المملوك فالولد يكون مملوكا حين انعتاقه وان كان ينعتق على العبد
بعد انعتاقه بالاداء لكنه لم يكن حرا وقد عرفت ان من شروط الاستيلاد كون
الولد حرا في الاصل وعلى هذا فلا يجري عليها احكام المستولدة فتامل
المقام الثالث في تحقق اعتبار هذا الشروط او حرية الولد ويدل
عليه امران احدهما العمومات الدالة على جواز البيع مثل قوله تعالى احل الله
البيع واوفوا بالعقود وقاعدة السلطنة الشاملة بعمومها لبيع ام الولد
والقدر المعلوم خروجه عن تحتها بحكم الاجماع الناهية عن بيع ام الولد كقول

[Margin: وعجزه عن الاداء وهذا الاحتمال مدفوع بالاصل لان الاصل عدم قدرته بعد على اداء مال الكتابة صح صح]

كقول الصادق عليه السلام لا تبع ام الولد فاذا كان الولد حرا فخرجها باق تحت
الدليل العام الدال على الجواز وثانيهما دليل الحكمة المستفادة من اخبار
النهي فان حكمة النهي عن بيعها انما هو رجاء انعتاقها من نصيب ولدها فلو كان
الولد رقا حصل القطع بانقطاع هذا الرجاء هذا ولكن يمكن المناقشة فالاول
بان ذلك انما يجري في صورة تعدد الاولاد لا بان الميراث ح بينهم و
ولدها الرق يحرم عنه واما لو كان ولدها الواحد منحصرا في هذا الولد الرق
فلا ريب في عدم جواز بيعها للحكمة المذكورة فيختص جميع ما ذكرناه ان
اشتراط حرية الولد لا فائدة له لا لها ولا فائدة في الاحترازي عن ولد المملوك
الذي لا يجري فيه احكام الاستيلاد وقد عرفت عدم تصور مثال له فهو
ما يحتمل كونه مثالا له الامثلة المذكورة وقد ظهر لك ان شيئا منها لا يصلح
لذلك بل كلها محل النظر بل المنع فتدبر هذا تمام الكلام في الشرط
الاول من الشروط المذكورة واما الشرط الثاني فهو كون العلوق
في ملك بان يحمل في ملك مولاها وهي مملوكة له فاعتباره للاحتراز عما لو حملها
ثم ملكها بعد الحمل حيث لا يثبت عليها احكام الاستيلاد ح ولا تصير ام ولد
شرعا وان كان الوطي حلالا كما لو زوجها او وطئها بشبهة فاستولدها
ثم انتقلت اليه بالبيع ونحوه وهذا الشرط قد ذكره الشيخ الاكبر في الجواهر
واحترز به عما ذكرنا ثم فرع عليه فرعا اخر لا يخرج عما قدمنا بل مرجع فالاولى وكذا
لا يثبت الاستيلاد لو علقت من المكاتب المشروط او المطلق ولو ادى ثبت
الاستيلاد انتهى كلامه وفيه اولا ما مر من ان عدم ثبوت الاستيلاد في
هذا الفرع لمكان انتفاء هذا الشرط فيه لوضوح حصول العلوق في الملك

وانما هو لانتفاء الشرط او المانع حرمة ام الولد فالاولى جعله فرعاً له
كما جعلناه لان فروع الثاني ربما ثبت حكمها بثبوت الاستيلاد
جزماً بعد الاداء بما في ما ذكره في باب الكتابة من الاشكال في ثبوته في غير
المزوجة بكيف الشيخ يجمع بين الجزم والتردد في مسئلة واحدة وكيف كان
فاعتبار الشرط المذكور هو ما ذهب اليه المشهور وحكي الخلاف فيه عن الشيخ
فقط واي حمزة فيه في الوسيلة حيث اكتفى بتحقق موضوع ام الولد
بحصول العلوق قبل الشراء ايضاً لصدقها عليها لغة وعرفاً ويمكن
الاستدلال على ضعفه بوجهين الاول اطلاق الادلة الدالة على المنع
عن بيع ام الولد كقوله ع لا تبع ام الولد فانه شامل لصورتي كون العلوق
في الشراء وعدمه ثم حصل الملك الثاني وجود العلة فان العلة في المنع
عن بيعها انما هي كان العلوق في الشراء انما هو وقوعها في معرض الانعتاق
من نصيب ولدها وهي بعينها موجودة فيما لو ملكها الواطئ بعد العلوق لان
الولد في هذا الفرض ايضاً يرث من مال والده بعد الموت فتنعتق امه
من نصيبه فلا يجوز بيعها ايضاً ويرد عليهما انه مدفوع اما على
الاول فيمنع شمول الاطلاق للمفروض لان المتبادر من ام الولد صنف من الجواري
باعتبار الحالة العارضة لها بوصف المملوكية كالمدبرة والمكاتبة ونحوهما
واما على الثاني فبعدم كون العلة المذكورة مطردة ولا منعكسة
كما لا يخفى انتهى محصلنا على هذا الكلام مؤاخذتان الاولى ان ما ذكره ره
لا يصلح سنداً للمنع عن شمول الاطلاق لمحل البحث كما لا يخفى اللهم الا ان يوجه
كلامه قده بان هذه اللفظة نعني ام الولد مما ثبت فيها الحقيقة الشرعية ح
فتكون مجملة من حيث المراد الشرعي لاحتمال ان يكون مراد الشارع منها

منها التي تكون علوقها في الملك ومع الاجمال يسقط عن صلاحية الاستدلال
الثانية ان الظاهر مما ذكره في مقام الرد ان العلة غير مطردة ولا منعكسة
ان مراده من الطرد والعكس هو ما يذكره النحاة في الحدود بمعنى غير مطردة
ح عن انها تعني عن دخول الغير في الحكم ومن المعلوم ان الاطراد بهذا المعنى غير لازم
في العلل الشرعية بمعنى ان العلل الشرعية لا يلزم كونها مانعة عن دخول الغير
واشتراكه معها في الحكم الشرعي لانه علة الاسكار مثلاً علة لحرمة الخمر مع انه
لا يمنع عن كون شيء آخر غيره ايضاً علة لها وبالجملة فلا نرى وجهاً لذكر
الاطراد وعدمه هنا واما ما ذكره ره من عدم انعكاس العلة بمعنى عدم
كونها جامعة فان كان نظره قده فيه الى موارد الاستثناء التي حكموا بجواز
بيع ام الولد فيها مع وجود العلة المذكورة ففيه ان تلك الموارد انما
خرجت بدليل من الخارج ونظيره ان الشارع نحا اليها حال العام المخصص فيكون
حجة في الباقي وان كان نظره قده الى غير تلك الموارد فنطالبه بذكر
مورد يحكم بجواز بيعها من غير دليل مع وجود العلة وانى له بذلك هذا
ويمكن تصحيح كلامه ره بحيث لا يتجه عليه المناقشة المذكورة بان يقال ان العلة
كما تكون معممة كذلك قد تكون مخصصة فالمراد من كونها مطردة كونها
مخصصة وما تعني عن دخول الغير كما ان المراد من كونها منعكسة كونها
معممة وجامعة فان العلة في قول الطبيب لا تأكل الرمان لانه حامض
مثلاً جامعة بمعنى كونها معممة تقتضي تعدية الحكم الى كل ما يوجد فيه
العلة اعني الحموضة من الافراد وكونها مخصصة ومخرجة للافراد التي

ما نعني عني

لثبت العلة موجودة فيها وفيما نحن فيه ليس كذلك لوجود مورد ما
انتفت العلة فيه دون الحكم اعني عدم جواز البيع وذلك فيما اذا
سقط الولد تاما او ناقصا علقة او مضغة او نطفة حيث انهم
يحكمون ببطلان التصرفات السابقة على السقط المترتبة على نقض البيع
كنقل البيع مع ان علة الفساد وهي ابقائها لتتحقق من نصيب ولدها
منتفية في المقام كما لا يخفى وكيف كان فالخطب في ذلك سهل للدلالة
وروايته
محمد بن مارد على مذهب المشهور وهو عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل يتزوج امة
تلد منه اولادا ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا
بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها قال هي امته ان شاء باعها ما لم يحدث
عنده حمل وان شاء اعتقها فانها كالنص في مذهب المشهور
وهو خاص مخصص لعموم العلة المنصوصة في الاخبار وهي على تقدير
صحتها نادرة بعمل الاصحاب فتدبر واما الشرط الثالث اعني كون
الوطء مباحا بالذات بحيث يلحق الولد بالواطئ فلا يقدح فيه طرو
حرمته بالعرض كما لا يقدح اذا وقع وطؤها في الحيض او الصوم ونحوهما
من الموانع الشرعية واما الامة المزوجة لو وطئها مولاها فهو حرام
ذاتا لكونه زنى فلا يلحق الولد الحاصل منه بالمولى الزاني شرعا
على المشهور خلافا للعلامة فانه حكي عنه وافقه شارح ايضا في عدة
لو زوج امته ثم وطئها فعل حراما ان علقت منه فالولد حر ويثبت
للامة حكم الاستيلاد وفي موضع اخر لو ملك امه او اخته او بنته

لو وطئها ان | حكم ... [illegible]

او بسبب الرضاع انعتقت عليه على الاصح وقيل لا ينعتق عليه فلو وطئ
احديهن فعل حراما ويثبت لهن حكم الاستيلاد وفي ح مثله لعدم
انصرام الولد وجريان الحكم اعني انعتاقهن من نصيب ولدهن وشمول
الاطلاقات لهن وكل ذلك في محل النظر بل المنع اما انصرام الولد فقد
مر من ثبوت الحقيقة الشرعية في هذه اللفظة ومع العلم بالتحريم ينفى الولد
شرعا لعدم صدق الفراش في الزنا ولثبوت الحد عليه ومن هنا ما لا يخفى
من ان لابد من ثبوت الولد قطعا واما اجراء الحكم ففيه ان انعتاقها من
نصيب ولدها علة لا حكمة واما شمول الاطلاقات فلانها منصرفة
بقرينة رواية ابن مارد المتقدمة ضرورة عدم صدق حدوث الحمل عنده على
المزوجة بل المستفاد من الادلة اشتراط كونها ملكا للواطئ وان المعلوم
انه لا يملك وطء المزوجة والبنت والاخت الرضاعيين وان ملكهن
ولا ولي الحرمة للتصرف بتزويجها غيره بالتزويج وبالجملة فالاقوى عدم
ثبوت حكم الاستيلاد فيما اذا كان الوطء حراما ذاتا كما في الامثلة
المذكورة لعدم لحوق الولد فيها بالواطئ شرعا فلا تنصرم ام ولده
فتدبر الشرط الرابع ان يكون الولد متكونا بان يكون علقة فما
فوقها او هو مبدأ نشو آدمي فانه لو بقي ولم يسقط لتصور وصار خلقا
آخر واما العلقة والمضغة فلا شبهة بل لا خلاف في صدق الحمل
عليهما فيجري الحكم بتحقق الموضوع بالعلقة بل عن الايضاح دعوى الاجماع
عليه وقد ظهر انه اذا القت حبلى ليس فيه تخطيط لا ظاهر ولا خفي لكن
قالت القوابل انه مبدأ خلق آدمي لو بقي لتخلق وتصور فالاقوى انها

لا تصير ام ولد وفاقا لبعضهم انها تصير ام ولد وهو مذهبنا الثاني
وهو الاقوى لصدق الحمل عليه واما النطفة فهي بمجردها لا عبرة بها
بل بشرط استقرارها في الرحم ومعنى الاستقرار وصولها الى الرحم لا بقاؤها
فيه كما ان عدم الاستقرار معناه عدم الوصول لا انها وصلت الى الرحم
ثم القتها بعد زمان يسير كما يظهر من بعض الاعلام مرة فان النطفة اذا
وصلت الى الرحم تكون مبدأ النشو لا محالة بالاقتضاء كما يكشف عن عدم وصولها
اليه والذي يكشف عن وصولها اليه واستقرارها فيه هو صيرورتها
علقة او مضغة نعم لو القتها وشهدت اربع نسوة ذوات الخبرة وا
البصيرة بانها كانت مبدأ النشو دخلت تحت الحكم افاد البيع الواقع
حال انعقادها ان تفتح مما ذكرناه ان محل النزاع في المقام انما هو
اذا وصلت النطفة الى الرحم واستقرت فيه فاختلفوا في انها هل تصير
بذلك ام ولد ام لا والثاني هو المشهور خلافا للشيخ (ره) في محكي ط والنهاية
فذهب الى الاول وقد تبعه فيه شيخ مشايخنا المرتضى (رض) وجوهر شيخ الافقه (ره)
وبالجملة فالمسئلة ذات قولين بالنسبة الى جواز البيع كما عليه المشهور وعدمه
كما عليه جماعة والقول الاول هو الاقوى لا دلالة بعمومات الدالة على صحة البيع
مثل قوله تعالى احل الله البيع واوفوا بالعقود وبالشهرة المحققة والمحكية
وعليها يحمل الاجماع الذي ادعاه فاضل المقداد على عدم العبرة بها
فالعدة فاما فيما بين اجماعا على جواز البيع بصورة عدم استقرارها
في الرحم بالمرة جدا لعدم كون هذه الصورة من محل النزاع فمن يدعي الاجماع
على الجواز فيها فتامل واما القول الاخر وهو عدم جواز البيع بمجرد

بمجرد استقرار النطفة الحاقا لها بالولد نظرا الى ان بناء الاستيلاد على التغليب
ولذا يعتد بالعلقة والمضغة في النطفة بعد استقرارها نظير ما عن الحلي
كما قواه في ط في باب العدة بعد نقل عدم انقضاء العدة بالقاء الحامل النطفة
حيث قال (ره) يتحقق الاستيلاد بالنطفة متمسكا بعموم الاخبار والاخبار وجعفر
الى صدق الحمل فان مستند له بوجوه منها الاطلاقات الدالة على عدم جواز
بيع ام الولد الشامل لجميع حالات الحمل التي منها كونه نطفة لان المراد من ام الولد
اما الوالدة للولد ولو على سبيل المجاز بالمشارفة بمعنى انها تصير النطفة
تصير مشرفة بان تكون ام ولد او المراد بالولادة من الوالد بدون الوالدة
وعلى كل تقدير فالامة الحاملة للنطفة تكون مشمولا للاطلاق ومنها
شمول عموم العلة المذكورة لجميع حالات الحمل التي منها كونه نطفة ومنها
صحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عم في جارية لرجل وكان يأتيها فاسقطت سقطا
منه بعد ثلاثة اشهر قال عم هي ام ولد وتقريب الاستدلال ان السؤال انما وقع
عن كونها ام ولد لا بمعنى كونها ام ولد بعد السقط ضرورة بطلان الاستيلاد
بسقوط الولد وموته بل المراد كونها ام ولد قبل السقط ومن المعلوم ان حالها
قبل السقط نعم حال كونه علقة ومضغة ونطفة فترك الاستفصال
يدل على صيرورتها ام الولد عليها حال كونه نطفة وهو المطلوب ومنها
صحيحة محمد بن مارد الواردة في الرجل يتزوج الجارية فتلد منه اولادا ثم
ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تحد وتقريب الاستدلال ان مفهوم
قوله عم ان شاء باع ما لم يحدث عنده حمل عدم جواز البيع مع حدوث
الحمل عنده ولا ريب ان حدوث الحمل عنده كما يصدق بكونه علقة او مضغة

كلك نصبه مع النطفة ايضا هذا غاية ما يمكن ان يقال في مقام الاستدلال لمذهب المشهور ولكن يمكن الجواب عن الجميع اما عن الاول فبما تقرر في محله من عدم العموم ولا الاطلاق في الفعل المنفي الا اذا لم يكن هناك معهود والا فيحمل على المعهود واما في المجاز فبرجوعه الى اقرب المجازات الى المعاني الحقيقية فقط والدليل على ذلك يطلب في محله واما عن الثاني فبان رجاء الفقهاء لا يقتضي تحققه لان ظهور نصاعه كاشفا المنفصل كونه علة الا انه من باب التجري على الفقه والقوم ويشير الى بطرتقة الاكتفاء واما عن الثالث فهو مما لا يلتفت الى ما فيه وتصريح جمع من اهل التحقيق منهم شيخ مشايخنا الوهاب فهو حكمة لا علة لما ذكره شيخ مشايخنا فانه زعم كونها مطردة ولا منعكسة ولما تقرر ان الفرق بين التخصيص والتخصص عند الدوران بينهما فانا اذا قلنا بكون رجاء الولد علة يلزم القول بكون خروج الاستثنائي من باب التخصيص وهذا خلاف ما اذا قلنا بكونه حكمة فان خروجها حينئذ يكون من باب التخصص لان ما ذكره العلامة لم يقع التصريح به في الاخبار بل الظاهر انه مما استنبطه الفقهاء رضوان الله عليهم وحيث لم يذكر في الاخبار فلا يمكن دعوى ظهوره في العلية كما لا يخفى واما عن الرابع فبان المراد بيان حال الامة بعد سقط كما هو ظاهر الرواية بل صريحها حيث قال عم هو ام ولد ولم يقل ايضا كما تشاهد ولذلك فتكون الرواية واردة مورد النفي والمراد انها ام ولد بعد سقط كما هو مذهب العامة القائلين بعدم بطلان الاستيلاد بموت الولد وسقطه ويحتمل عدم منعها عن بطلان الاستيلاد بها على مذهب المشهور واما عن الرابع فتارة من حيث السند بان يقال الشهرة وان كانت جابرة لضعفه الا ان الحجة

التصريح

ان مجرد ذلك غير كاف في الاستناد اليها لوجود الموهن وهو اعراض جل الاصحاب او كلهم عنها في الفقرة التي استدل بها عليها فانهم انما عملوا بها في خصوص العلقة والمضغة واما في النطفة التي هي محل البحث فلم يعملوا بها اصلا وبالجملة فالرواية بالنسبة الى حال النطفة المبحوث عنها في المقام غير معمول بها عند اصحابنا الاعلام فلا يتم الاستدلال بها على عدم جواز البيع حال انعقاد النطفة واخرى من جهة الدلالة وذلك من وجوه احدها ان قوله عم ما لم يحدث عنده الاستثناء مفهوما ومنطوقا والمعنى انه يجوز الا ان يحدث حمل فان حدث ذلك فلا يجوز وقد تقرر في الاصول في بحث المفاهيم ان الاستثناء لا عموم فيه بل الحكم انما يثبت في جانب المستثنى في الجملة فالذي يثبت من الرواية في المقام مفهوما انما هو عدم جواز البيع مع حدوث الحمل فيها في الجملة فلا عموم في الحمل بحيث يشمل في الفضية المفهوم منه النطفة هكذا افاد الاستاد دام ظله وانت خبير بان منع العموم في الاستثناء انما يسلم فيما اذا كان الاستثناء من النفي كما في قوله عم لا صلاة الا بطهور واما اذا كان في الاثبات فهو يفيد العموم وما نحن فيه من قبيل الثاني فان المفهوم هو قوله عم ان حدث فيه حمل فلا يجوز فتامل وثانيها انه على فرض تسليم العموم في المستثنى نقول ان المفهوم لا يقاوم المنطوق الواحد فكيف بالمنطوق المتعدد وهي العمومات الدالة على صحة البيع كاحل الله البيع واوفوا بالعقود وتجارة عن تراض ونحوها وثالثها انه على فرض تسليم التقاوم يقع التعارض بينهما فيتساقطان ويرجع بعد التساقط الى العمومات الدالة على صحة البيع مثل قوله عم الناس مسلطون على اموالهم فافهم ثم انه لا فرق فيما ذكرناه في ام الولد بين كون الولد حاصلا بالوطي او بالمساحقة وذلك فيما اذا

فيما اذا ساحقت امة مع امة وطئها مولاها فجذبت مائه من رحمها الى رحمها
فتعلقت به وتولدت لوجود الحمل فيه فكون ما يتولد منها ولدا للمولى شرعا
وح فلا عبرة بما في الجواهر من دعوى انصراف الاطلاق الى الغالب وهو
كون الحمل بالوطي لان الانصراف انما يعتبر فيما اذا كان منشاؤه غلبة الاستعمال
واما الانصراف الناشئ من غلبة الوجود فلا اعتبار به كما في انصراف الانسان
الى ذي رأس واحد فالانصراف المدعى في المقام من قبيل الثاني كما لا يخفى
وهذا كله واضح لا سترة فيه ومما يتعلق بالمقام ويتفرع على محل
الكلام ان الولد لو مات وخلف ولدا فهل يجري حكم الولد على ولده ام لا
فيه اقوال ثلثة الاثبات مطلقا والنفي كذلك والتفصيل بين ما اذا كان
وارثا بان لا يكون للمولى ولد صلبي غيره فالاول وبين ما لم يكن وارثا بان كان
له وارث اخر مقدم عليه فالثاني وهذه الاقوال قد نقلها الشهيدان
منهما في الكتابين والجواهر الا ان الاول منهما لم يتعرض للقول الثاني ولم
يعده من الاقوال كما ان الثاني ايضا لم يتعرض للاول ولم يجعله قولا
مع انه يحكى عن الايضاح قال الشيخ ره في المبسوط ولو مات الولد وخلف
ولدا فهل اجراء حكم الولد عليه او العدم او التفصيل وجوه حكى اولها عن
الايضاح وثالثها عن المهذب البارع ونهاية المرام واما القول بالعدم
فلم يجعله من الاقوال بل جعله من الوجوه وفي الجواهر في كتاب البيع في جملة
كلام له نعم لو كان له ولد ففي قيامه مقامه مطلقا وعدمه كذلك والتفصيل
بين كونه وارثا وعدمه وجوه بل الاخير منها قول انتهى فلم يعد الاول
كالثاني من الاقوال وكيف كان فمبنى القولين ويظهر من مجموع ما
ذكرناه من المسئلة ذات ثلثة الاقوال والاولان منها مبنيان على الخلاف

على الخلاف في كون الولد حقيقة فيمن يتولد من الانسان بلا واسطة
او في الاعم منه ومن غيره وهو مع الواسطة كولد الولد فعلى الاول
فالحق مع القائل بالنفي مطلقا كما ان الحق على الثاني مع القائل بالاثبات
كذلك واما التفصيل فمبني على كون الجهة المقتضية للمنع علة تامة او حكمة
فعلى الاول يجري احكام ام الولد على الامة المفروضة مطلقا لعدم وجود العلة
المغيرة مما يشاركه الخلاف على الثاني فان ولد الولد لا يقوم مقام الولد
عليه وقد مر تفصيل الكلام في المنع على الامرين عليه وظهر ان الاقوى كونها
حكمة لا علة فلا يفيد النفع واما القولان الاولان فقد استدل على اولهما
بوجوه وثانيهما لا يحتاج الى اقامة الدليل لان المانع يكفيه المنع مع انه
موافق للاصالة عدم كون ولد الولد ولدا فلنتكلم ادلة الاول منها
الاستعمالات الثابتة لغة وعرفا وشرعا في الاولين كقولهم بنو تميم وبنو
هاشم وبنو طي ونحو ذلك ومن الاخير قوله تعالى يا بني ادم ويا بني اسرائيل
ويوصيكم الله في اولادكم ونحو الاستعمالات على كثرتها لم تكن محفوفة
بالقرائن فيكون دليلا على عدم كون الولد حقيقة في خصوص الولد الصلبي
المتولد من الانسان بلا واسطة وعلى انه حقيقة في الاعم منه ومن الولد بواسطة
والاصل في الاستعمال كونه على سبيل الحقيقة والظاهر ترادف الابن والولد
فكما ان الاول موضوع لمعنى عام شامل لهما بشهادة الاستعمالات فكذلك الثاني
وهذا ليعلم من كلمات الاصحاب في محل النزاع في هذا الباب حيث يجعلون
النزاع في الولد مع ذلك يمثلون له بالابن كما عرفت والتحاز بينهما
لذلك الثاني تم مع صحته وشهرة ومنهم الماء ثاني الشهيدين قده

من ان الامر في الولد دائر بين كونه حقيقة في الصلبي ومجازا في من مع الواسطة
وبين كونه حقيقة في الاعم منهما على سبيل الاشتراك المعنوي وقد ثبت ان
في الاصول اولوية الثاني عند الدوران وهذان الوجهان انما يتمشيان
دليلا على المدعى مع عدم تمامية ادلة القائل بكونه حقيقة في الصلبي كما يأتي
والا فهما اصلان لا يعارضان الدليل ومنها عدم صحة سلب الولد عن
ولد الولد وهو من علائم الحقيقة ولو لم يصح سلبه عنه حيث لا يقال ليس ولدي
بل هو ولد ولدي نعم يصح ان يعقب هذا السلب بكلمة بل الاضرابية بل
على ان المطلوب انما هو الفرد الخاص من جنس الولد وليس المراد نفي الجنس والمعنى
انه ليس ولدي بلا واسطة بل هو ولدي مع الواسطة ولذا لو لم يعقب
بكلمة بل في المثال واقتصر بقوله ليس ولدي الظاهر في نفي الجنس لكان كذبا و
يؤيد ذلك الخبر الآتي المروي عن الرضا ع انه قال ع للمأمون ان رسول الله ص
ولدنا ولم يلدك ومنها جملة من الاخبار الواردة في الباب وغيره مثل
خبر ابي الجارود قال قال لي ابو جعفر ع يا ابا الجارود ما يقولون لكم في الحسن
والحسين عليهما السلام قلت ينكرون علينا انهما ابناء رسول الله ص قال ع
فباي شيء احتججتم عليهم قلت احتججنا عليهم بقوله تعالى في عيسى بن مريم ع
ومن ذريته داود وسليمان وايوب الى قوله عز وجل وعيسى قال فاي شيء قالوا
قلت قالوا قد يكون ولد الابنة من الولد ولا يكون من الصلب قال فباي شيء
احتججتم عليهم قلت بقول الله سبحانه لرسوله قل تعالوا ندع ابناءنا
وابناءكم قال ع فاي شيء قالوا قلت قالوا قد يكون في كلام العرب ابناء
رجل ويقول الآخر ابناءنا قال فقال ابو جعفر ع يا ابا الجارود لاعطينكها

لاعطينكها من كتاب الله قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الى ان انتهى الى
قوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم فسلهم يا ابا الجارود هل كان يحل
لرسول الله ص نكاح حليلتيهما عليهما السلام فان قالوا نعم كذبوا وفجروا وان
قالوا لا فهما ابناه لصلبه ص الخبر وكصحيح ابن مسلم عن احدهما ع لو لم يحرم
على الناس ازواج النبي ص بقوله تعالى وما كان لكم ان تؤذوا رسول الله ولا ان
تنكحوا ازواجه من بعده لحرم على الحسن والحسين ع بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح
اباؤكم من النساء ولا يصلح للرجل ان ينكح امرأة جده وكالمروي عن العيون و
الاحتجاج في حديث طويل يتضمن ذكر ما جرى بينه ع وبين الرشيد لعنه الله
لما ادخل عليه وموضع الحاجة انه قال الرشيد لم جوزتم للعامة و
الخاصة ان ينسبوكم الى رسول الله ص ويقولون لكم يا ابن رسول الله ص
وانتم بنو علي وفاطمة انما هي وعاء والنبي ص
جدكم من قبل امكم فقال يا امير المؤمنين لو ان النبي ص نشر فخطب اليك كريمتك
هل كنت تجيبه ص فقال سبحان الله ولم لا اجيبه بل افتخر على العرب والعجم وقريش
بذلك فقال ع لكنه ص لا يخطب الي ولا ازوجه فقال لم فقال لانه ولدني
ولم يلدك فقال احسنت يا موسى ع ثم قال كيف قلتم انا ذرية النبي ص والنبي لم
يعقب وانما العقب للذكر لا للانثى وانتم ولد الابنة ولا يكون لها عقب ثم
ساق الخبر الى ان قال ع فقلت اعوذ بالله من الشيطان الرجيم بسم الله
الرحمن الرحيم ومن ذريته داود وسليمان وايوب ويوسف الى ان قال و
عيسى من ابو عيسى يا امير المؤمنين فقال ليس لعيسى اب فقلت انما الحقناه
بذراري الانبياء من طريق مريم وكذا الحقنا بذراري النبي من قبل امنا فاطمة ع

وكذلك قال نبيك يا امير المؤمنين في الحادث فقلنا اعوذ بالله من الشيطان
الرجيم فتى حاجك فيه الاية ولم يدع احد انه ادخل النبي تحت الكساء الا
علي وفاطمة والحسن والحسين صلوات الله عليهم والابناء هم الحسن والحسين و
النساء فاطمة والانفسنا اشارة الى علي بن ابي طالب الخ وموضع
الاستدلال بهذا الخبر الاخير قوله تخاطبا لهرون ان رسول الله
ولدي ولم يلدك بتقريب ان الولد لو لم يكن اعم من الصلبي وغيره لما سكت
هارون بهذا الكلام بل ان يجيب عنه بقوله ولم يلدك ابنا ونحوه
مع كونه من اهل اللسان دليل على كونه حقيقة في الاعم وما الخبر الاول فان
دلالتهما على المطلوب واضح وضمنا ان ولد الولد ولد نظرا الى القاعدة
الكلية المستفادة من اشباه هذا التركيب ونظائره كقولهم جزء الجزء جزء وعلة
العلة علة ومشابه المشابه مشابه ومقدمة المقدمة مقدمة ولازم اللازم
لازم ونحوها فان المستفاد من جميعها ان كل ما يصح اضافته الى المضاف الى
الشيء يصح اضافته الى ذلك الشيء ايضا وما نحن فيه من جزئيات هذه القاعدة
فان ولد الولد ولد هذا تمام الكلام فيما ذكره القول الاول لكنها باسرها
محل المناقشة اما الاول فلانا نمنع ان الاستعمال اعم بل لا يصح تلك الاستعمالات
المذكورة من قبيل الحقيقة العرفية يعني ان اطلاق الولد على ولد الولد انما
بلغ حد الحقيقة في العرف واما الحقيقة اللغوية فهو الولد الصلبي بلا
واسطة ونحو فلا يمكن اثبات كونه حقيقة في الاعم في اللغة بنحو هذه
الاستعمالات وبعضها الاخر ليس الولد فيه مستعملا في المعنى الاعم ومنه
قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم الاية فان الاولاد فيها مستعملة في الصلبي

ثم قيل

في الصلبي بلا واسطة لا في الاعم والا يلزم جريان الحكم المذكور فيها فيما
اذا اجتمعت ابن البنت بان يكون للاولى سهم واحد وللثاني سهمان
وليس كذلك لو لم يكن الاولاد في الاية شاملة لولد الولد فاللازم عدم ثبوت
الحكم المذكور فيها لاولاد الاولاد في صورة الانفراد مع انه ثابت لهم
ايضا لانا نقول ان ثبوت الحكم وهو ان للذكر مثل حظ الانثيين ليس من
جهة شمول الولد في الاية لولد الولد بل انما هو من جهة القاعدة الثابتة
في باب الارث من جريان الحكم المذكور في كل طبقة من الطبقات و
لو كان اولاد البنت او الاعمام او الاخوال ونحو فالاولى ان يقال هذه
الاية في مقام الاستدلال بقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد
والربع ان لم يكن لكم ولد لان الاستعمال في الاعم فيهما مفروغ عنه وان كان يمكن
الجواب عنه فيها بان الاستعمال الاعم فيه واما الثاني فلان اولوية الاشتراك
المعنوي وان كانت مسلمة لا انها من قبيل الاصول فلا تقاوم الادلة
الاتية للخصم كنفي السلب وتبادر الغير وغيرها هذا واما ما نسب الى
اول الشهيدين قده في شرح ذكر تقديم المجاز في المقام على الاشتراك
فلعله اراد من الاشتراك اللفظي كما حمله عليه ثانيهما قده في المسالك فراجع
واما الثالث فلمنع عدم صحة السلب في المقام بل السلب صحيح ولذا لو
نذر ان يعطي درهما لولد زيد فاعطاه لولد ولده لا يحصل به نذره
واما الخامس فبان المقام ليس من مجاري القاعدة المذكورة وجزئياتها
لكان الفرق بينه وبين مجاريها بان الاضافات في موارد ها المذكورة
كاضافة مقدمة المقدمة اليها ولازم اللازم الى الملزوم وهكذا كلها

بنت الابن مع ؟

على نسق واحد ومن جهة واحدة وهذا بخلاف ما نحن فيه فان اضافة
الولد الى الشخص انما هي من جهة كونه مخلوقا من مائه وهذه الجهة مفقودة
في ولد الولد فانه خلق من ماء ولده هذا الشخص لا من مائه نفسه واما
الرابع وهو الاخبار فان محل النزاع والخلاف بين الائمة ع ومعاندیهم
انما كان في اصل الاستعمال لا في باب المجاز حيث انهم كانوا في صدد
اثباته والعامة كانوا منكرين لاصل الاستعمال لا في كيفيته من كونه على
سبيل الحقيقة او المجاز بعد تسليم اصله وعلى هذا فلا دلالة فيها على كونه
حقيقة في الاعم فان قلت لا مجال لانكار الاستعمال ولو مجازا حتى ينسب
الى العامة بالنسبة الى الحسن والحسين ع كيف وزيد بن حارثة كان يدعى
بابن رسول الله ص وابن هو منهما قلت نعم ولكن الكلام فيهما انما هو
في اطلاقه عليهما على سبيل مجاز مخصوص بعلاقة مخصوصة وهي علاقة
النسب لا مطلق العلاقة كالتربية والمحبة والمعاندون انما ينكرون هذه
العلاقة المخصوصة ومقصودهم اثبات الاستعمال بتلك العلاقة
الخاصة الواما عليهم وارغاما لانفهم فلذا استدلوا بمثل قوله
قوله تعالى ومن ذريته داود وسليمان الاية وبتحريم حلائل الحسنين ع على النبي ص
بقوله تعالى وحلائل ابنائكم الاية وشتان بين ذلك وبين الاستعمال في
مثل زيد وبحسب الحكم وبهوهما وكيف كان فالاقوى ان الولد حقيقة
في الصلبي بلا واسطة للتبادر وصحة سلبه عن ولد الولد مع ان القول
بوضعه للاعم يستلزم الالتزام بمقالة المرتضى ره في باب الخمس من اختصاص
بنت الهاشم بالام له ولم يتعهد الشهيد الثاني ومن حذى حذوه

حذوه الالتزام به فان قلت ان عدم الالتزام به لعله لقيام الدليل من الخارج
على عدم استحقاق المنتسب بالام اليه قلت على هذا ايضا لا مرتبى التخصيص الذي
هو من لوازم القول بوضعه للاعم والتخصيص الذي هو من لوازم القول بكونه
حقيقة في الصلبي لخروج المنتسب بالام عن بني هاشم ح موضوعا وقد تقرر في محله
ان الثاني اولى من الاول عند التعارض فان قلت على ما ذكرت من الاختصاص
وعدم شمول الولد لولد الولد يلزم عدم استحقاق السادات في هذه الازمنة
بل وما قبلها الخمس لعدم كونهم من اولاد الصلب قلت قد ذكرنا ان الاستعمال
المذكور من باب الحقيقة العرفية كبني هاشم وبني تميم ونحوهما فان المتعارف في
ذلك صار عرفا حقيقة في الاولاد والاولاد وح فيندفع الاشكال نعم يمكن انه
ح بالاستحقاق من نسب الى هاشم بالام لثبوت الحقيقة العرفية فيهم ايضا و
صدق الذرية على اولاد البنت كصدقها على اولاد الابن ولكن الخطب فيه
سهل لانا لم ندع صيرورة الولد في العرف حقيقة في مطلق الاولاد والاولاد
بل انما قلنا بها في خصوص الاولاد فقد يرد هذه فضوى ما قيل او يقال
فاثبات كون الولد حقيقة في الصلبي وح فان تمت الادلة المذكورة وحصل
الاطمينان بها فهو والا فمع الشك في صدق اسم الولد على ابنه مات ولدها
وخلف ولدا لا بد من الرجوع الى الاصول ومقتضى الاصل في المسئلة على ما
ذكره شيخ مشايخنا المرتضى ره هو استصحاب المنع وحرمة البيع الثابت لها
في حيوة ولدها وهل يمكن الخدشة فيه اولا بعدم اعتبار مثل هذا الاستصحاب
في الاحكام الشرعية لرجوع الشك فيها الى الشك في المقتضي والاصل غير معتبر
فيها عندنا على ما تقرر في محله واما كونه من قبيل الشك في المقتضي
فواضح لحصول الشك في ان ولد الولد ولد حتى يحصل عليه حكم الولد ام لا و

ومع ذلك يكفى لبعض الحرمة والمنع عن البيع وثانيا انه على تقدير اعتباره
يحكم بالعمومات الدالة على صحة البيع فان المقدار الخارج منها الذى قام
الدليل على حرمة البيع فيه انما هو الامة التى لها ولد حى بلا واسطة من مولاها
وما عداها داخل فى عمومات صحة البيع ومنه الامة المبحوث عنها ودعوى
ان المقام من مجارى التمسك باستصحاب حكم المخصص وهو حرمة البيع لا التمسك
بعموم العام بعدها اما اشارة فى محله من ان استصحاب حكم المخصص انما يجرى فى
مورد لا يوجب اجرائه زيادة فى التخصيص كما فى العموم الازمانى حيث انه لو لم
يجر فيه الاستصحاب المذكور لما صح التمسك بالعموم بل لا بد من الرجوع
الى اصل اخر واما اذا كان اجرائه موجبا للزيادة فى التخصيص كما فى العموم الاحوالى
والافرادى فلا يجرى لان المرجع حينئذ هو العموم فان الاحوال والافراد متنوعة
ومكثرة للموضوع فلو اجرى فيها استصحاب حكم الخاص لزم التخصيص الزائد
فلا بد من التمسك بالعمومات ومع عدمها ايضا لا يصح التمسك بالاستصحاب
المذكور وهذا العموم ان ما نحن فيه من قبيل الثانى فان عموم العام احوالى
هو كالعموم الافرادى فلو بنى على جريان استصحاب المخصص لزم التخصيص الزائد
فتدبر هذا تمام الكلام فى موضوع ام الولد واما الكلام فى حكمها جوازا بيعها
ومنعا فنقول ان المشهور على عدم جواز بيعها استنادا الى الاجماعات المحكية
والى شهرتها المحققة وكون بيعها من المنكرات فى صدر الاسلام كما فيما روى
عن امير المؤمنين ع انه سئل عن بيع امة ارضعت ولدها فقال خذ بيدها و
قل من شئت غلام ولدى خلافا للصدوق فى المقنع والمبسوط الموافق للسيد
حيث ذهبا الى جواز بيعها مستمسكا بصحيحة زرارة عن ابى جعفر ع قال سألته عن
ام الولد فقال تباع وتورث وتوهب وحدها حد الامة وبصحيح عمر بن يزيد عن
عبد بن ... الصادق ع فى رجل زوج ام ولده عبده ثم مات السيد قال لا خيار

لا خيار لها على العبد هى مملوكة للورثة ولكنهما اى الشيخ والمفيد حملاهما او
تاويلهما بارادة امة كان لها ولد مجازا كما عن الجواهر وبعبارة اخرى بحملهما
يحمل على واحد من الصور المستثناة اوانهما تحمولتان على التقية لذهاب جمع من
العامة اليه وكيف كان فالمشهور هو المنصور شمول الحرمة هل تلحق بالبيع غيره
من التصرفات الناقلة للملك كالهبة والصلح ونحوهما ام لا وجهان مقتضى
المناط القطعى المستنبط من الادلة وهو ابقائها لتشبث بنصيب ولدها
هو الاول بل فى محكى الايضاح دعوى الاجماع صريحا على المنع عن كل ناقل وعن
السيد فى الرياض وفى جامع المقاصد ... عبارة بعضهم ظاهرة فى
دعوى الاتفاق عليه حيث قال ان الاستيلاد مانع عن صحة التصرفات الناقلة
لها من ملك مولاها الى ملك غيره او المعرضة لها للدخول فى ملك الغير كالرهن
كالرهن على خلاف فى ذلك وبالجملة عموم المنع لكل ناقل وعدم اختصاصه
بالبيع قول جميع المسلمين خلافا للسيد فى مسألة لظاهر الروايات
الواردة فى المنع فى خصوص البيع دون غيره من التصرفات الناقلة وهو مردود
لظهور ادلة المنع المعنونة بالبيع فى ارادة مطلق النقل وذكر لفظ البيع
من باب المثال لعموم على ع فى الرواية المتقدمة ضمن بيعها اه يدل على كون مطلق
نقلها الى الغير من المنكرات كما لا يخفى وبالجملة فالظاهر انه لا اشكال فى عموم المنع
لعامة النواقل ثم ان بعض الاصحاب ذكر هنا التصرفات المعرضة
لها للدخول فى ملك الغير كالرهن واشتراط الضمان زعما منه شمول ادلة
المنع لها كشمولها لمطلق النواقل نظرا الى تعميم النقل بالنسبة الى الفعلى

الذي يؤدي الى النقل ودفع على ذلك بطلان رهن ام الولد واشتراط
الضمان بان يشترط اداء ثمن المبيع من قيمتها ولكن الذي يقتضيه التحقيق
والتدبر ان المثال الذي ذكره اجنبي عن المقام لان بطلان رهن ام الولد ليس
لاجل شمول الادلة لها بل لانتفاء الغرض منه اذ مع فرض عدم شمول تلك الادلة لهذا
النحو من التصرف في الرهن ايضا لا يحكم بصحة هذا الرهن بل يحكم بفساده لانتفاء
الاستيثاق المعتبر في الرهن وكذا الكلام في اشتراط الضمان لان المعتبر في
صحة الشرط ولزوم الوفاء به عدم كونه مخالفا للكتاب والسنة ولمقتضى العقد
وبالجملة فالتصرف في الرهن واشتراط الضمان في ام الولد فاسدان وان لم نقل
بشمول الادلة المانعة لهما لانتفاء الاستيثاق في الاول وكونه مخالفا للكتاب
والسنة في الثاني فلا يعمه ادلة صحة الرهن ولزوم الوفاء بالشرط هذا
كله في حكم ام الولد وتشخيص المقصود فيه على ما عليه المشهور من عدم جواز بيعها وقد
بقي الكلام في الموارد المستثناة من هذا الحكم فنقول المعروف بين الاصحاب ثبوت
الاستثناء عن الكلية المذكورة في الجملة خلافا للسيد المرتضى ره على ما حكي عنه في
محكي السرائر حيث قال بعموم المنع وعدم الاستثناء وهو غير ثابت وعلى تقدير
صدق النسبة فهو ضعيف لا ينبغي الالتفات اليه واما الموارد القابلة للاستثناء
فهي بحسب التصور صور عديدة يجمعها تعلق حق للغير بها او تعلق حقها بوجوب
تعجيل العتق بان يعرض لنفسها حق يكون هو اولى بالمراعاة من حق الاستيلاد
كما لو اسلمت وهي امة لذمي او عدم تحقق الحكمة المانعة عن النقل كما لو تعلق
بها حق سابق على الاستيلاد او لان ابقاءها في ملك المولى لا يوجب وقوعها
في معرض العتق اما الصورة الاولى فمن جزئياتها ما لو كان على مولاها

على مولاه دين ولم يكن له مال يوفيه بان كان معسرا والكلام في هذا الفرع يقع
تارة فيما اذا كان مات المولى وبقي عليه دين ثمنها واخرى فيما اذا كان لغير ثمن رقبتها
وعلى الاول فالكلام تارة فيما اذا مات المولى وبقي عليه دين ثمنها واخرى في حال حياته
اما الكلام فيما بعد الموت بان مات المولى وعليه ثمن رقبتها وكان معسرا اي ليس له
مال يوفي به الدين فالمشهور فيه جواز بيعها لاداء الدين ونقل في الكتاب عن غير
انه موضع وفاق وعن الكفاية ونهاية المرام لصاحب المدارك والرياض انه لا خلاف
فيه وهذا الاتفاق في خلاف السيد المرتضى ره في اصل المسألة ان اراد نفي الخلاف بين
القائلين بالاستثناء عن الكلية في الجملة او المراد نفيه بين القائلين باستثناء
بيعها في ثمن رقبتها في هذه الصورة في قبال الصورة الثانية المختلف فيها وهي
صورة حياة المولى وكيف كان فلا اشكال في جواز بيعها بعد الموت مع كون المولى
معسرا وكون الدين ثمن رقبتها خلافا للشيخ ره في محكي مبسوطه ولابن حمزة في محكي
الوسيلة حيث ذهبا الى عدم الجواز هنا ولعل نظر الشيخ ره بظهور كلامهما
حيث لم يتعرض له في بيع النهاية وان لم يخالف فيه غيرها الفقهاء في نصيب
ولدها واستيفاء ثمنها من الورثة عن غيرها انتهى وعن بيع الوسيلة ان مات
سيدها ولم يكن له مال سواها وكان ثمنها في ذمة سيدها عادت بولدها
انتهى والباء في قوله بولدها يحتمل كونها للسببية ويحتمل كونها للمصاحبة ومقتضى
ذلك المرتضى ره لا يجوز بيعها ما دام الولد باقيا لا في الثمن ولا في غيره انتهى ولا يخفى
عليك ما ذهب اليه المشهور والخلاف المنقول عن هؤلاء الجماعة ضعيف لا يعبأ به
اما الكلام في جواز بيعها مع الاعسار في ثمن رقبتها مع الاعسار في حال حياة
المولى فصرح جماعة كالوسيلة والغنية ومن تأخر وصاحب ... واللمعة

وحواشي الشهيد وتعليق الارشاد وجامع المقاصد وغيره ذلك والمسالك
والشهيدين في حكي الحواشي الى الشيخ نسبتها وظاهر الغنية او صريحها دعوى
الاجماع عليه وفي نهاية المرام لصاحب المدارك كالكفاية انه مذهب الاكثر وفي
المفاتيح انه المشهور وفي الرياض عليه الاشهر اقول لم يوجد الخلاف فيه الا
عن الشيخ رحمه وقد رده الفاضلان وعدة ممن في الكتاب وعن جملة ممن ذكره ومال
الى المنع في مجمع البرهان وفوائد الشرائع واحتمله في الجامع وعن الكفاية نفي
البعد عنه ان القول بالمنع نادر ولكنه لا يخلو عن قوة وبالجملة فالمسئلة ذات
قولين وقد استدل للمنع بوجوه منها اصالة الفساد التي هي اصل اولي
في المعاملات والاسباب ومنها استصحاب المنع الثابت حال الاستيلاد
قبل العجز عن ثمنها لان بيعها قبل العجز وفي زمان يسار المولى كان فاسدا فيستصحب
الفساد في حالة العجز والعسر ومنها الاطلاقات الناهية عن بيع امهات الاولاد
كرواية ابن مارد وغيرها ومنها صحيحة عمر بن يزيد قال قلت لابي ابراهيم ع
اسئلك عن مسئلة فقال سل قلت لم باع امير المؤمنين ع امهات الاولاد
قال ع في فكاك رقابهن قلت فكيف ذلك قال ع ايما رجل اشترى جارية
فاولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى عنه اخذ ولدها منها وبيعت
وادي ثمنها قلت فيبعن فيما سوى ذلك من دين قال ع لا الخبر فان قوله ع ولم
يدع من المال ظاهرة في حال الموت فيدل على اختصاص الجواز بصورة موت المولى
ونفي الجواز عن غير هذه الصورة اما لورودها في جواب السؤال عن موارد بيع
امهات الاولاد فيدل على الحصر واما لان نفي الجواز مستفاد من قوله ع لا في ذيلها
مبنيا على الصورة المذكورة لشمل بيعها في الدين في حال حياة المولى وبالجملة فهذه

بقرينة غاية ما يستدل به على المنع ولكن يمكن الجواب عن الجميع اما عن الاول فبانه
يخرج بالعمومات الدالة على صحة البيع كاوفوا بالعقود واحل الله البيع ونحوهما
واما عن الثاني فبما ذكره شيخ مشايخنا رحمه وغيره من انه يعتبر في الاستصحاب بقاء الموضوع
السابق وهو منتف في المقام لان بيعها قبل العجز ليس بيعا في الدين لحال اليسار
والبيع في الدين انما يصدق مع انحصار مال المولى في الامة واما اذا كان موسرا
والمال لغيره منحصر فيها فلو باعها لا يصدق عليه البيع في الدين هذا ولكن لا يخفى
ان البيع في الدين يصدق مع يسار المولى ايضا كما لو فرض ان المولى لا يريد اداء
ثمن رقبتها من سائر امواله بل يريد بيعها واداء دينها اما لفرط حبه لسائر
امواله او لاشمئزاز طبعه من الامة او لغير ذلك وبالجملة فالبيع للدين تابع للقصد
فلو باعها بقصد اداء الدين صدق عليه البيع في الدين وعلى هذا فلا ريب في
جريان الاستصحاب ووجود المتيقن السابق هذا نعم هو معارض ولو
بضميمة الاجماع المركب مع استصحاب الجواز في بعض الصور وذلك فيما اذا كان
المولى معسرا قبل الاستيلاد ثم استولدها وبقي على اعساره بعد الاستيلاد
من دون تخلل يسار له بعده فيشك في جواز بيعها وعدمه في حال العسر
بعد الاستيلاد فيستصحب الجواز الثابت قبل الاستيلاد فيعارض ذلك مع
استصحاب المنع المذكور بضميمة الاجماع المركب اذ كل من قال بجواز البيع مع العسر لم
يفرق بين هذه الصورة وغيرها وهي صورة تخلل اليسار وبعد التعارض
يتساقطان ويجيء حكمه عينا ان ادلة المجوزين ان تم واما عن الثالث فبان
التمسك بالاطلاقات انما هو مع عدم تمامية ادلة المجوزين فحيث تم ينكشف
حالها قوة وضعفا ولم يبين عدم تماميتها لا يجوز التمسك بها وسنوضح حالها
واما عن الرابع فبان الصحيح مخدوش على كلا وجهي تقريب الاستدلال بها

والاعراض

تقريب الاستدلال بها اما على الاول فهو كونها واردة في جواب السؤال
عن بيع امهات الاولاد فتدل على الحصر فلان مراد السائل من قوله وكيف ذلك
السؤال عن حكم جميع اقسام ام الولد كي يبقى ان السكوت في مقام البيان يفيد
الحصر بل المراد السؤال عن حكم قسم خاص منها وهو الذي باعه امير المؤمنين (ع) وعلى
هذا فالحكم بالجواز في صورة الموت لا يدل على المنع في حال الحيوة واما
على الثاني فلان كلمة ذلك من اسماء الاشارة وهي من المبهمات فكما يحتمل كون
الاشارة بها مجموع القيد والمقيد اعني بيعها في ثمن رقبتها فيما بعد موت المولى
يحتمل كونها اشارة الى خصوص المقيد بدون قيد الموت والاستدلال
بها انما يتم على الاحتمال الاول لان المعنى على هذا انه لا يجوز بيعها فيما سوى
ثمن رقبتها في حال الموت فلا ريب ان عدم الجواز فيما عدى صورة الموت
يشمل بيعها في ثمن رقبتها في حال الحيوة وهذا بخلافه على الاحتمال الثاني
فان المراد عدم جواز بيعها فيما سوى ثمن رقبتها من غير فرق بين سواء كان
في حال الحيوة او بعد الموت وعلى هذا فلنا ان رواية عمر بن يزيد ناظرة الى بيعها في ثمن
رقبتها حال الحيوة كما لا يخفى وبالجملة فالرواية مع تطرق هذين الاحتمالين
فيها مجملة غير صالحة للاستدلال هذا تمام الكلام في ادلة المانعين واما
القول بالجواز الذي عليه المشهور فيستدل عليه بامور اولها العمومات
الدالة على جواز البيع الثاني استصحاب جواز بيعها الثابت قبل
الاستيلاد الثالث التقريب المتقدم في تقرير المعارضة الثالث رواية عمر
بن يزيد قال سألت ابا ابراهيم عن ام الولد هل تباع في الدين قال نعم في ثمن رقبتها
الشاملة باطلاقها لحال حيوة المولى الرابع الادلة الدالة على جواز اداء
الدين هذا ولكنها باسرها محل نظر اما العمومات فلكونها محكومة بالاطلاقات

الناهية عن بيع امهات الاولاد واما الاستصحاب فلانقطاعه
بقيام الدليل على عدم الجواز بعد الاستيلاد واما الرواية فلان قوله
تباع في الدين ظاهر في جواز بيعها بعد الموت لكون البائع غير المولى فلا
اطلاق لها من هذه الجهة كي تصلح دليلا على المدعى من جواز بيعها في
حال حيوته بل مقيدة بما ذكرنا ثانيا انها بعد تسليم شمولها لحال الحيوة
معارضة برواية ابن مارد المتقدمة والنسبة بينهما عموم من وجه لان رواية
ابن مارد وان كانت مختصة بحال حيوة المولى الا انها عامة من جهة كون
البيع في ثمن رقبتها او في غيره ورواية عمر بن يزيد وان كانت مختصة بالبيع
في ثمن رقبتها لكنها عامة بالنسبة الى حال حيوة المولى ومماته فلكل منهما جهة
افتراق عن الاخرى ومادة اجتماعهما بيعها في ثمن رقبتها حال حيوة المولى فمقتضى
رواية ابن مارد عدم الجواز فيها كما ان خبر عمر بن يزيد يقتضي الجواز فيتعارضان
في هذا المورد ويتساقطان فيرجع الى اصالة المنع الثابتة بما تقدم من
القاعدة المنصوصة المجمع عليها هذا ملخص ما ذكره شيخ مشايخنا الرشتي (ره)
في المقام وقال بعض المحققين الاعلام (ره) ان المرجع بعد تعارض الخبرين وتساقطهما
هو العمومات الدالة على جواز البيع كقاعدة السلطنة ونحوها الا ان الدليل المانع
ما ورد عليه شيخ مشايخنا بان هذا الكلام وان صدر عن بعض المحققين لكنه
خلاف التحقيق فوق ما ذكره ذلك البعض في غاية الجودة والمتانة ولم نعرف
وجه كونه خلاف التحقيق بل مقتضى النظر الدقيق انه عين التحقيق وذلك لان
القاعدة المنصوصة المجمع عليها غير صالحة للمرجعية لان مدركها اطلاقات

الإطلاق في خبر ابن مارد فهو مع كونه طرف المعارضة لا يمكن أن يكون مرجعا بعد
التعارض والتساقط وإن كان غيره من الأخبار المانعة فيرد عليه أن تلك الأخبار بل
كلها إنما وردت في مقام بيان الموضوع وليس شيء منها في صدد بيان الحكم فالخبر
الوارد في مقام بيان الحكم منحصر في خبر ابن مارد وإن كان مدركها الإجماع القائم
على المنع فهو أيضا غير صالح للمرجعية لمنع تحققه في محل الخلاف سيما مع كون
المخالف جل المجتهدين لكنهم [illegible] لا ينبغي بل المتعين للمرجعية هو ما ذكره المحقق
المذكور فإن غيره لا يسقط هذا ويمكن أن يقال في انتصار مذهب المشهور ترجيح
إطلاق رواية عمر بن يزيد على إطلاق رواية ابن مارد من وجهين أحدهما ما تقرر
في الأصول من أنه إذا وقع التعارض بين المنطوق والمفهوم وكانت النسبة بينهما
العموم من وجه أو التباين بلا إشكال ولا خلاف في تقديم الأول على الثاني وترجيحه
عليه وأما إذا كانت النسبة بينهما العموم والخصوص وكان المفهوم خاصا ففيه
خلاف فاختار بعض الأصحاب هنا أيضا تقديم المنطوق وبعض آخر رجح جانب
المفهوم ودرك التخاصمان ما نحن فيه من قبيل الأول حيث إن التعارض إنما يقع بين
مفهوم خبر ابن مارد وهو أنه إن حدث عنده حمل لا يجوز بيعها وبين منطوق خبر
ابن يزيد الدال على جواز البيع في الصورة المذكورة والنسبة بينهما كما عرفت
العموم من وجه فمقتضى القاعدة المذكورة تقديم المنطوق على المفهوم
والسر في ذلك أن الدلالة في المفهوم إنما هي من باب الإطلاق وفي المنطوق من باب
الوضع كما تقرر في محله ولا ريب في تقديم الدلالة الوضعية على الإطلاقية وبالجملة
فمقتضى هذه القاعدة ترجيح رواية ابن يزيد على رواية ابن مارد ومن هنا
يرتفع الإشكال الذي أشار إليه شيخ المشايخ في ذيل ما ذكره في انتصار المشهور

المشهور بقوله ولم يكن له محل أشكال التقدير وثانيهما ما ذكره شيخ مشايخنا قده
في كتاب المراد من أن رواية ابن مارد ظاهرة في عدم كون بيعها في ثمن رقبتها كما يشهد
إليه قوله فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها
وعلى هذا فلا تشمل مورد الاجتماع المفروض أعني ما إذا كان البيع في ثمن رقبتها مع
أن الظاهر حصول البداء للبيع بنا في اضطرار المولى إليه لأجل أداء ثمنها كما هو
محل البحث وبلا يدوم حال الاختيار وبالجملة مع الغض عن دعوى ظهور رواية ابن
يزيد فيما بعد الموت نقول لا شبهة في ترجيح دلالتها على دلالة رواية ابن مارد
على المنع كما لا يخفى على الناقد البصير والمتدرب الخبير والحاصل أن رواية ابن مارد
غير شاملة لما جعل موردا ورواية ابن يزيد شاملة له فيتعين العمل بها ح لانتفاء
التعارض في الحقيقة لكن هذا بعد الإغماض عن ظهورها فيما بعد الموت هذه
خلاصة ما ذكره قده ولكن فيه أن الغرض بين الروايتين وشمولهما لمورد الاجتماع
إنما هو بعد الغض عن الظهور في كلتيهما فهو قده لو أغمض عن ظهور رواية ابن
مارد في عدم كون بيعها في ثمن رقبتها كما أغمض عن ظهور رواية ابن يزيد
فيما بعد الموت لكانت الأولى أيضا شاملة لمحل الاجتماع أعني صورة كون البيع
في ثمن رقبتها كما أنه قده لو بنى على عدم الإغماض فيهما لكانت الثانية أعني رواية
ابن يزيد أيضا غير شاملة لها لظهورها فيما بعد الموت دون حال الحياة
وبالجملة فالإغماض عن ظهور رواية ابن يزيد لتشمل مورد الاجتماع وعدم
الإغماض عن ظهور رواية ابن مارد مما لا وجه له إذ [illegible] ضعف رواية ابن
مارد بالنسبة إلى مورد الاجتماع بملاحظة ظهورها في عدم كون بيعها في
ثمن رقبتها أقوى من ضعف رواية ابن يزيد بالنسبة بملاحظة ظهورها
فيما بعد الموت ترفع اليد عن ظهور أحدهما دون الأخرى والحكم بضعف

يضعف للاولى والاغماض عن الثانية يحكم بالرد والحاصل انه لابد اما من الاغماض
يضعف كلتيهما بعد الاغماض عن ظهورهما او من الاخذ بظهورهما والاغماض
عن ضعفهما والمسئلة على الاول من قبيل التعارض فان النسبة بينهما التباين اذ مورد رواية
ابي مارد صح عن ثمن الرقبة في حال حيوة المولى ومورد رواية ابي زيد بيعها في
ثمن رقبتها بعد موت المولى فكل منهما يثبت حكما في موضوع غير موضوع الاخرى
وح فحالهما حال قولنا اكرم زيدا ولا تكرم بكرا فكونهما متباينين وعدم التعارض
فالبين واما على الثاني فالنسبة بينهما عموم من وجه لشمول كل منهما مورد الاجتماع
وعلى هذا فلا وجه لترجيح رواية ابي زيد على رواية ابي مارد هذا ثم
ان لنا في المقام طريقا اخر لاستظهار مذهب المشهور وهو ان المقرر في محله انه
اذا كانت النسبة بين الدليلين عموم من وجه وكان كل منهما نصا في شيء و
ظاهرا في شيء اخر فمقتضى القاعدة طرح ظاهر كل منهما بنص الاخر وما نحن فيه
من هذا القبيل لان رواية ابي زيد نص في ثمن الرقبة وظاهر في حال الحيوة و
رواية ابي مارد نص في حال الحيوة وظاهر في ثمن الرقبة وح فيطرح ظاهر
الاولى بنص الثانية فيخرج حال الحيوة عن تحت رواية ابي زيد ويطرح ظ
الثانية بنص الاولى فيخرج البيع في ثمن رقبتها عن تحت رواية ابي مارد وعلى
هذا فيخرج مورد الاجتماع اعني بيعها في ثمن رقبتها حال حيوة المولى عن
تحتهما معا وح فنحكم بجواز البيع في هذه الصورة اتكالا على اصالة الجواز
وقاعدة السلطنة وعلى هذا فيصير مورد رواية ابي زيد بيعها في ثمن رقبتها
بعد الموت ومورد رواية ابي مارد بيعها في غير ثمن رقبتها في حال الحيوة
هذا غاية ما قيل او يمكن ان يقال في [illegible] واما ادلة وجوب اداء الدين
فقد يجاب عنها بمعارضتها مع ادلة المنع ويدفع بانهما تتعارضان و

تتعارضان وتتساقطان فيرجع الى قاعدة السلطنة واجاب شيخ مشايخنا
عن ذلك بقوله ويندفع اصل المعارضة بان ادلة وجوب اداء الدين مقيدة
بالقدرة العقلية والشرعية وقاعدة المنع تنفي القدرة الشرعية كما في الرهن
والموقوف ويحصل من ذلك ان الادلة المانعة حاكمة على ادلة وجوب الاداء هذا
ثم ان ههنا فروعا مهمة ينبغي التعرض لها تحقيقا لتفصيل الحال منها
انه بعد ما ثبت بمقتضى الاستثناء عن الكلية المذكورة في الجملة فهل يشترط في
جواز بيع ام الولد في ثمن رقبتها في صورة الاعسار موت المولى ام لا وجهان
بل قولان وقد عرفت ان الاقوى عدم الاشتراط وجواز بيعها في ثمن رقبتها
في حال الحيوة ايضا بمقتضى قاعدة السلطنة حسبما تقدم تفصيله بما لا مزيد عليه
ومنها انه هل يشترط في جواز بيعها في حال الحيوة عدم وجود مال للمولى
غيرها سوى المستثنيات او عدم مال عدا المستثنيات وجهان ظاهر اطلاق الاكثر
كالمقنعة والوسيلة وغيرهما هو الاول وادعى جماعة اعتبار الثاني وهو الاقوى
كما في كتاب شيخ مشايخنا المرتضى رض اقول لست ادري كلامه قده هنا مسئلتان
احدهما اجماعية وهو عدم جواز البيع مع وجود مال غيرها للمولى عدا المستثنيات
ان فيها قولان قول بجواز البيع مع وجود المستثنيات وقول بالمنع و
منشأ الخلاف ان وجود المستثنيات هل هو من الموانع حتى يكون عدمه
شرطا ام لا واستدل للمانعية وعدم جواز البيع مع وجودها بوجوه الاول
الاطلاقات المانعة كخبر ابي مارد ونحوه لو كان مال لقضاء المستثنى الخارج
منها هو ما اذا لم يكن للمولى مال اصلا فما عدا هذه الصورة ومنه محل البحث وهو
ما اذا كان مال من المستثنيات تحت عموم الاطلاقات المانعة مشكوك

وثانيهما خلافية وهو عدم وجود مال للمولى عدا المستثنيات م

فيه يحكم بخلافه لان الشك انما هو في التخصيص الزائد والاصل عدمه
الثاني تخصيص صرف البيع في الدين مع وجود المستثنيات ومعه لا دخل
بالاطلاقات بل يمكن اجازته ولو بالاصل فتامل الثالث مفهوم صحيح ابن
بزيع بالنظر الى صدرها ومنطوقها بالنظر الى ذيلها اما الاول فلان
قوله عم ولم يدع من المال ما يؤدى عنه اخذ ولدها منها وبيعت وادى ثمنها
يعد كالصريح في ظهور قوله عم ولم يدع فيما بعد الموت يدل بمفهومه على انه لو
ودع من المال ما يؤدى عنه لا يجوز بيعها مطلقا سواء كان ذلك المال من
المستثنيات او غيرها واما الثاني اعني دلالة ذيلها على عدم الجواز
مع وجود المستثنيات فواضح لتصريحه عم بقوله لا في مقام الجواب عن البيع
فيما سوى ثمن الرقبة اذ لا ريب في ان منعه عم عن البيع في غير ثمن الرقبة
مطلق يشمل ما اذا كان المال اساسا موجودا ولو من المستثنيات هذا منتهى ما
يقال في مقام الاستدلال على القول بعدم جواز بيعها في ثمن رقبتها حال حياة
المولى لو كان له مال ولو من المستثنيات كالدار والثياب والخادم اللائق
بحاله وقوت يومه وليلته واما القول بجواز بيعها في ثمنها ولو كان له
شيء من المستثنيات فاستدل عليه بامرين احدهما الاطلاق في الادلة المانعة
عن بيع مستثنيات الدين كالدار ونحوها فان المستفاد منها عدم وجوب
بيع المستثنيات لاداء الدين فلا تمنع جواز بيع ام الولد للادلة الدالة
على لزوم اداء الدين ولكن فيه ما لا يخفى لما مر ان ادلة لزوم الوفا
والاداء مشروطة بالقدرة وهو هنا منتفية بحكم الادلة المانعة وثانيهما
رواية عمر بن يزيد المتقدمة عن ابي الحسن عم فان محصل السؤال فيها ان ام الولد

ام الولد هل تباع في الدين على حد سائر الاموال التي تباع فيه ام لا وحاصل
الجواب تقرير ذلك في خصوص ثمن الرقبة فالتحديد بالاطلاق فيها يدل على جواز بيعها
في ثمن رقبتها سواء لم يكن للمولى مال اصلا او كان له من المستثنيات فيكون
ثمن الرقبة بالنسبة الى ام الولد كسائر الديون بالنسبة الى غيرها من الاموال ومما
ذكرنا يظهر ان ام الولد لو كانت بنفسها من المستثنيات التي يحتاج اليها المولى
لا تباع في ثمن رقبتها اذ غايته الدلالة بالنسبة الى الثمن تكون كجارية اخرى يحتاج
اليها هذا ونوقش فيها اولا بان هذه الرواية معارضة بصحيح عمر بن يزيد
المتقدمة الدالة بعمومها على عدم جواز بيعها فيما اذا كان للمولى مال
ولو من المستثنيات والنسبة بينهما عموم مطلق فيقدم مفهوم الصحيح لكونه خاصا
على هذه الرواية لكونها عامة لدلالتها على جواز البيع سواء كان له مال من
المستثنيات او لم يكن له مال سواها اصلا وثانيا انه على تقدير تسليم عموم
الصحيح منطوقا من حيث ثمن الرقبة وغيره يكون التعارض بينها وبين هذه
الرواية من قبيل العموم من وجه فيتساقطان ويرجع الى الاطلاقات الدالة
على المنع عن بيعها التي منها رواية ابي مارد هذا ولكن يمكن الجواب عن الخدشة
بوجهين احدهما ما ذكره شيخ مشايخنا المرتضى قده من انه مع وجود المستثنيات
يصدق انه لم يدع ما يؤدى عنه الدين عرفا لان المستثنيات وجودها
كالعدم ولا تؤدى منها الدين اقول ما ذكره قده انما يستقيم فيما اذا قلنا
بان كلمة ما للعهد بان يكون المعهود غير المستثنيات فانها مما لا يلزم على
المولى بيعها وقلنا ايضا بان قوله عم يؤدى بصيغة المجهول اي لم يدع
ما يلزم للمولى بيعها باداء دينه منه ومع وجود المستثنيات لا يلزم المولى

ولا يجوز بيعها لتشهيها فصير فانه لم يدع ما يؤدى عنه الدين ولا يخفى ان
الحمل على العهد مع قرائة الفعل بصيغة المجهول ايضا لا يرتبها وبين المعلوم
عند ذلك كلاهما خلاف الظاهر لان الظاهر من كلمة ما كونها للعموم بالنسبة الى
المستثنيات وغيرها والظاهر من الفعل كونه معلوما اى ما يؤدى بنفسه لا
بالاجبار وعلى هذا فلا ريب فى عدم صدق لم يدع ما يؤدى عنه الدين مع
وجود المستثنيات لصدق لفظه وهو انه ودع وكيف كان فتطبيق ما ذكره
على القواعد مشكل لما عرفت من ان مقتضاها كون كلمة ما للعموم بالنسبة
الى المستثنيات وكون الفعل بصيغة المعلوم شرح حدا وثانيها ان صحيحة ابن
زينب ظاهرة فى صورة الموت وهى خارجة عن المقام ولا مسلم لها لاجل الكلام
لان البيع انما فى بيعها حال حيوته وعليه فينبغى قوله يباع فى الدين فالمحقق فى
ثمن رقبتها فى الرواية سليما عن المعارض لما عرفت من اختصاص الصحيحة بما بعد الموت
من وجوه احدها ظهور قوله ولم يدع فيما بعد الموت وثانيها ظهور قوله
ما يؤدى عنه الدين فى ان التعبير بلفظة عن ظاهر فيه والضمير المجرور راجع
الى الميت لا الى المال نعم لو كان التعبير بلفظة منه دون عنه لكان مرجعه المال
وثالثها ان السؤال انما وقع عن فعل المرء الموصى والجواب بمنزلة البيان
لفعله ومن الواضح ان بيعها انما كان بعد موت المولى لا مجرد فلخص مما ذكرنا
ان الاقوى وفاقا للشيخ ومتابعيه جواز بيعها فى حال الحيوة حتى مع وجود
المستثنيات ومنها ان المولى لو مات وترك كفنا وام ولده فهل تباع او تباع
الكفن والظاهر عدم الاشكال فى جواز بيعها دون الكفن لصدق ان الميت
لم يدع ما يؤدى عنه الدين غير الامة لان الكفن لا يؤدى عنه الدين وهذا

حيث ذكر فى شرحه ابن داود تقطعه وكلم وصرف

وهذا واضح ومنها انه هل يعتبر فى جواز بيعها فى ثمن رقبتها كون
ثمنها بنفسه دينا للبائع ام لا بل لو استدان الثمن واشتراها به او
اشتراها بالذمة ثم استدان ما اوفى به دين البائع ايضا يصدق
انها بيعت فى ثمن رقبتها وجهان ينبغى ان مبناهما ومنشأهما
ان العلية والسببية المستفادة من قوله ع فى ثمن رقبتها نظرا الى
لفظة فى بمعنى اللام اى لاجل ثمن رقبتها هل يختص بالعلة القريبة
او يعمها والبعيدة فان قلنا بالاول فلا بد من كون ثمنها بنفسه
دينا للبائع ليكون بيعها لاجل ثمنها بلا واسطة وان قلنا بالثانى
فلا ريب فى صدق بيعها فى ثمن رقبتها مع الواسطة ايضا كما فى
الصورتين المفروضتين وبعبارة اخرى ان قلنا بظهور العلة فى
كونها بلا واسطة فيختص جواز البيع فى ثمن رقبتها بالصورة الاولى
وان قلنا بشمولها لما كانت مع الواسطة ايضا فيكون الصورتان الاخيرتان
المفروضتان باسرهما مصاديق البيع فى ثمن رقبتها ولكن لنا فى هذا المبنى
فيما ذكر من البناء نظر بل منع لان قوله ع تباع فى ثمن رقبتها لا بد فيه
من التقدير بحكم دلالة الاقتضاء والتقدير انها تباع فى اداء ثمنها
وعلى هذا فبيعها فى الصورتين الاخيرتين ليس بيعا فى اداء ثمنها
لان الاداء انما حصل بالاستقراض من الغير فبيعها ح بيع فى اداء
دين اخر كما لا يخفى ولعله الى ما ذكرنا اشار شيخنا الاستاذ قده بقوله
فليتأمل فيما قبله واما امره بالتأمل ثانيا فاما اشارة الى الدقة
او الى التأمل فى عبارة التأمل المذكور اولا والوجه ما ذكرناه ومنها

انه قد يتخيل الفرق بين صورة بقاء تمام الثمن في ذمة المولى للمشتري وبين
بقاء بعضه فيحكم بجواز البيع في الصورة الاولى دون الثانية نظراً الى ان الثمن
اسم لمجموع العوض دون البعض ولكنه فاسد اما اولاً فلمنع كونه اسماً للمجموع
واما ثانياً فانه على فرض التسليم يصدق اداء الثمن على اداء البعض ايضاً عرفاً
وهذا واضح لا غبار عليه ومنها انه لو كفى بيع بعض الامة في ادائه ثمنها
حيث يجوز فهل يجوز بيعها تماماً او لا بل يجب الاقتصار على البعض الوافي
قولان بل اقوال ولحاضرة الفاضل الجوادرة في شرح ضروبا شتى
مختار شيخنا المعاصر تبعاً للثاني الشهيدين ره فحكى غاية المراد ثانيهما
الذي هو عقد هو الظاهر من الجواهر حيث قال ره وهل يعتبر في جواز
بيعها في ثمنها توقف وفائه على بيعها اجمع فان امكن في ذلك ببعضها اقتصر
عليه او يكفي فيه توقف الوفاء في الجملة وجهان انتهى ولم يرجح شيئاً منهما
وكيف كان فمستند الاول اطلاق رواية عمر بن يزيد الدال على جواز
بيعها في ثمن رقبتها ومستند الثاني الجمع بين الحقين حق الدائن وحق
الاستيلاد ومستند الثالث ما ذكره وجوابه قد بين ومنها انه لو فرض
كون نفس الامة المستولدة مما يحتاج اليها المولى للخدمة فهل تدخل في
المستثنيات فلا يجب بيعها ام لا صرح شيخنا المعاصر بالاول وانها
لا تباع في ثمنها نظراً الى ادلة المستثنيات حيث انها لو لم تكن مستولدة
لما جاز بيعها من جهة احتياج المولى اليها فكيف اذا كانت مستولدة
فانها تكون من المستثنيات كما هو ولكنه يشكل بان ادلة المستثنيات
التي يستفاد منها عدم جواز البيع معارضة برواية ابن يزيد

الناطقة بانها تباع في ثمنها والنسبة بينهما عموم من وجه حيث ان ادلة
المستثنيات تدل على عدم جواز بيع الامة مع احتياج المولى اليها سواء
كان البيع في ثمن رقبتها او في غيره والرواية تدل على جواز بيعها في ثمنها
سواء كانت محتاجة اليها ام لا فيتعارضان في محل الاجتماع الذي هو محل
النزاع وهو بيعها في ثمن رقبتها مع احتياج المولى اليها ومع وجود هذا
المعارض القوي كيف يحكم بعدم جواز بيعها ويمكن التفصي عنه اولاً بان المقام من
قبيل تعارض الادلة الملزمة والغير الملزمة وفي مثله فان قيل بالتعارض او لا
ترجح الاولى ثانياً الا ان الاقوى فيه كما تقرر في محله عدم التعارض اصلاً
لان الدليل الدال على استحباب امر كدخول المسجد مثلاً او اباحته كاكل اللحم
انما يدل عليه من حيث هو هو مع قطع النظر عن طرو عنوان آخر طار عليه
بحيث يوجب الالزام كالحلف على فعله او امر الوالد به او عروض الوجوب لغيره
بصيرورته مقدمة لواجب او ترك فعله مع انقياده الى غير ذلك من العناوين
الملزمة وبالجملة فلا منافاة بين كون الشيء في حد ذاته مستحبا او مباحا
او مكروها وبين طريان عنوان عليه يوجب الالزام به وعلى هذا فلا تعارض
بين الادلة الملزمة وغير الملزمة والامر فيما نحن فيه ايضا كذلك بمعنى انه لا
تعارض بين ادلة المستثنيات الدالة على عدم بيع الامة المستولدة
المحتاج اليها وبين رواية ابن يزيد الدالة على انها تباع في ثمن
رقبتها فان قوله عم تباع الذي يدل على الوجوب والالزام لا يعارض
قوله عم لا تباع في المستثنيات الذي يدل على عدم الوجوب لان المستفاد
من قوله عم تباع هو انه لا مانع من الزام البائع الطالب للمشتري المديون
على بيع المستولدة من جهة الاستيلاد وبعبارة اخرى قوله عم تباع انما
سيق لبيان عدم مانعية جهة الاستيلاد عن البيع في ثمنها وهذا

معه ما ذكره شيخنا الالمعي ره بقوله وربما ذكر ان الظاهر ان بيع
ام الولد لو كانت محتاج المولى اليها لخدمته فلا تباع في ثمن رقبتها
الذي هو ثابت لو سلمنا كون النسبة بينهما العموم من وجه وكون تمام الصغار عنه
فنقول انهما متساقطان فالمرجع بعد التساقط العمومات المانعة عن بيع
ام الولد لكن ابن ما ورد وان الحكم هو عدم جواز البيع والفرق بين هذين
الجوابين واضح اذ المانع على الاول انما هو جهة احتياج المولى اليها لخدمته وعلى
الثاني انما هو جهة الاستيلاد دون هنا يختلف الحكم ايضا باختلاف الجهتين
اذ على الاول يجوز للمولى بيعها احتياطا وعلى الثاني لا يجوز ذلك ومنها
انه لو ضمن شخص ثمن المستولدة باذن مولاها فاداه فهل يجوز للمولى ح بيعها
لاداء ثمنها الى الضامن بعد مطالبته ام لا وجهان اقربهما الثاني اذ غاية
ما ثبت من الادلة انما هو جواز بيعها في ثمن رقبتها واما في غيره من الديون
فلا لعدم الدليل عليه وما نحن فيه من هذا القبيل لان الضمان بمنزلة ال
الاستيفاء ومنها ان المشتري لو اتلف الثمن المعين الجزئي سواء كان
قبل قبضه للبايع او بعده فهل يجوز بيع الامة المستولدة لاداء غرامته ام
لا وجهان واستقرب الثاني الفاضل الجواد ره في محكي
شرح ضه ولكن الاقوى التفصيل بين ما اذا كان الاتلاف قبل
القبض فالاقرب هو الجواز بناء على ان تلف الثمن المعين كتلف المبيع في كونه
موجبا لانفساخ العقد وبطلانه من حينه واذا كان بعده فالاقرب هو
المنع اما اقربية الجواز في الاولى فلصدق كون البيع في ثمن رقبتها في
فيجوز واما اقربية المنع في الثانية فهو ما اشرنا اليه من ان المناط في الجواز كون
نفس الثمن دينا وبعبارة اخرى كونه كليا في الذمة واذا كان الثمن

الثمن جزئيا خارجيا واتلفه المشتري فلا يصدق على بيعها لدفع غرامة هذا
الثمن الجزئي التالف انه بيع في ثمن رقبتها بل انما هو بيع لدفع الغرامة لان المراد
من الثمن ما حصل بازائها في عقد البيع وما دل العموم انه لو اتلفه المشتري
دون ما يعرض هذا ونقول بالجواز في الشق الثاني ايضا لكن التفصيل الذي اشرنا
فيه المنع نظرا الى مراعاة حق البائع وكون هذا النوع القبض والاقباض بمنزلة
العدم ولكن الوجه ما ذكرناه من اقربية المنع نظرا الى المناط المذكور
ومما ذكرناه يظهر وجه ما اختاره الفاضل الجواد ره من المنع مطلقا هذا
وينبغي للتمام فروع اربعة يكون جواز بيع الامة في ثمن رقبتها وعدمه فيها
مبنيا على كون الضمان قبل التراجيح او انما رضي به على الاول يكون الحكم
في الفروع المذكورة هو الجواز وعلى الثاني المنع ومنها ما تقدم من انه لو ادى
اداء الثمن ببيع البعض هل يجوز بيع الجميع او يجب الاقتصار على البعض الوافي
قولان اولهما للشارح ره والثاني للثاني الشهيد ره بعد ان اشار قبل الشهيد ره
في محكي غاية المراد ووافقه استاذ الاستاذ ره وظاهر الجواهر هو الثاني وقد
مستند الاقوال ولكن التحقيق فيه ان يقال ان كان التراجيح فالوجه فيه عدم
جواز بيع الجميع ولزوم الاقتصار على البعض جمعا بين الحقين حق الدائن وحق
الاستيلاد وهو ظاهر كلام الشيخ الاستاذ ره حيث قال لعموم ادلة الوفاء
ببيع بعضها اقتصر عليه واما اذا قلنا بانه من قبيل تعارض الدليلين
فالحكم هو الجواز ومنها ان الثمن لو كان مؤجلا فلا يجوز للمولى
بيعها قبل حلول الاجل وان كان لا يوسع الاداء عند حلوله وانما
الاشكال فيما بعد حلول الاجل فهل يشترط في جواز بيعها ح في ثمنها

مطالبة البائع او يكتفى بالتخلية وان امتنع واخذه البائع او يحصل
في صورة اشتراط المطالبة بين رضائه بالتأخير واسقاط حق عموم
الحلول مالم يسقط بذلك وبين عدم المطالبة فيجوز في الثاني وجوه
الاول وجوه احوطها اولها ومقتضى الادلة ثانيها كما قال شيخنا
قده ولكن التحقيق فيه ايضا ابتنائه على مسئلة التزاحم وان هذه الفروع
كلها من واد واحد فيدخل الاول في باب والثاني في باب آخر فتكشف كلا بيع
الدليل فتدبر ومنها انه على فرض جواز بيعها في ثمنها لو دار الامر بين
بيعها ممن تعتق عليه او بشرط العتق وبين بيعها على ان لا يعتقها فهل يجب
تقديم الاول ام لا وجهان مبنيان على كون المسألة في باب التزاحم او التعارض
فالاول على الاول لان فيه جمعا بين الحقين والثاني على الثاني لتقديم ادلة
الجواز ومنها انها على فرض جواز بيعها في ثمنها ان البائع الذي لو
رضى باستسعائها في اداء ثمنها فهل يجب القبول على المولى ام لا بل يجوز
له بيعها في ثمنها مع ذلك فيه ايضا وجهان مبنيان على التزاحم فيكون
على الاول يجب القبول ولا يجوز البيع جمعا بين الحقين حق الدائن وحق
الولادة وعلى الثاني يجوز البيع ولا يجب قبول الاستسعاء هذا كله
في الفروع الاولية ومن الفروع المناسبة انه لو وجد متبرع يؤدي
ثمنها تبرعا فان سلمه الى البائع الدائن فلا كلام في حصول براءة الذمة
للمولى وعدم جواز بيعها لرفع انما الكلام فيما اذا سلمه الى المولى فهل
يجب عليه القبول ام لا وجهان اقواهما الثاني لان وجوب القبول مع انه
فيه نوع من الامتنان تكليف زائد على المولى لا دليل على ثبوته والاصل
عدمه وعلى هذا فلا وجه لترديد شيخنا قده فيه حيث قال وفي وجوب

وفي وجوب القبول عليه نظر انتهى وما عن بعض ان في وجوب القبول جمعا
بين الحقين حق الاستيلاد المقتضي لعدم جواز بيعها وحق الدائن المقتضي
لتحصيل حقه اليه فيه ان مراعاة الحقين انما يلزم مع عدم استلزامها للتكليف
بتكليف الزائد على المولى واما اذا استلزم ذلك فلا يلزم المراعاة
ومنها ان المولى لو امتنع من اداء ثمنها مع تمكنه فهل يجوز للبائع بيعها
من باب التقاص مطلقا او مع اذن الحاكم ام لا وجوه اقواها عند شيخنا
قده اولها واستقرب بعضهم المنع نظرا الى ان المانع وهو حق الاستيلاد
موجود ولا يسقط بامتناع المولى مع انه مقتضى ظاهر الفتاوى و
تغليب جانب الحرية وفيه اولا منع كونه حقا بل هو حكم وثانيا لو سلمنا
فهو اي الاستيلاد انما يوجب الحق ويثبته على المولى دون الاجنبي فلا
حق لها على البائع الاجنبي حتى لا يجوز له التقاص منها وثالثا منع
كونه ظاهر الفتاوى ورابعا ان المطلب ليس دليلا صالحا للتخصيص
العمومات وبالجملة فهذه الادلة كلها مدخولة لا يمكن الاستناد اليها
نعم يمكن تقوية المنع من التقاص من جهة اخرى وهي ان ادلة المقاصة المستفاد منها
انما هو جواز تقاص الدائن من مال المديون من حيث هو ماله مع قطع
النظر عن طرو مانع وذلك لا ينافي عروض مانع للمال من جهة اخرى
يمنع عن ذلك كتعلق نذر او حق استيلاد عليه او غير ذلك نظير ما
اسلفناه في تعارض الادلة الاولية والثانوية وبالجملة فادلة
المقاصة قاصرة عن شمول المقام لعدم دلالتها على جواز المقاصة من
مال المديون كائنا ما كان ولو مع اشتماله على مانع خارجي فالاقوى

في عدم الجواز لعدم المقتضي وقصور الادلة لا لوجود المانع اللهم الا
ان يراعى مع انفساخ تلك الجهة المانعة بان يعتقها بعد عن كفارة
واجبة عليه او يكون المقاص عنه مشغولا بدين فيقاصها ويصرفها في تحصيل
الدين الواجب عليه في وجود انفساخ تلك الجهة ايضا منه
ومنها ما لو اشترى جارية واشترط الانفاق على البايع مدة معينة
بان يكون المنفق عليه هو البايع وفرض كون المشتري معسرا ففي الحاق
شرط الانفاق بالثمن في جواز البيع للوفاء بهذا الشرط كما يجوز لاداء
ثمن رقبتها ام لا اشكال منشأه مع ان الشرط عند الفقهاء جزء للثمن و
منه ذكرنا انه لا فرق في جواز بيعها بين كونه في اداء تمام الثمن او بعضه ان
الشرط جزء حكمي لا حقيقي بمعنى كونه حكميا انه كالجزء في بعض الاحكام وكيف
كان فان بنينا على عدم الالحاق فلو فسخ البايع البيع لاجل تخلف الشرط فهل
يجوز له استرداد عين الامة بعد الاستيلاد ام لا وجهان مبنيان على ان الاستيلاد
هل يكون مانعا عن الاسترداد بالفسخ ام لا فعلى الاول لا يجوز له استرداد العين
بل لابد من الانتقال الى القيمة وعلى الثاني لا مانع من الاسترداد كما ذكره شيخ
مشايخنا الامجاد اقول الكلام تارة يقع في اصل التفريع واخرى في المبني
اما الاول فعنوان هذا التفريع انما يتم ويستقيم على مختار الشهيد في مسألة
تخلف الشرط او تعذره حيث جعله كتخلف الوصف في كونه موجبا
للخيار كما لو باع العبد بوصف الكتابة فبان خلافه فانه يثبت الخيار
للمشتري يعني انه لا يجب عليه الوفاء بهذا العقد من حيث التكليف
الشرعي يعني انه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط وانما فائدته جعل

جعل العقد في عرضة الزوال بثبوت الخيار له واما على المشهور من كونه موجبا
لالزام المشتري بالوفاء فلا يتم الا على ما اخترناه من ان المشتري لو تعذر عليه
مطلقا يعم في الفسخ اما لقاعدة نفي الضرر او لفحوى ادلة تعذر تسليم الثمن واما
الثاني فالمستفاد من كلام شيخ مشايخنا الاعلام في باب الخيارات هو ان
الاستيلاد مانع عن الانتقال [illegible] عنوان تصرف من عليه الخيار وحكي
عن المشهور عدم جواز التصرف سواء كان التصرف بالمتلف او الناقل [illegible]
واختار الجواز [illegible] ولو فعل ما يمنع معه الانتقال ففي نفوذه حق ذي
الخيار كما لو [illegible] او الاستيلاد لعدم انفساخ الفسخ [illegible] مع وجود المانع
الشرعي كالعقلي وجهان الاقوى الثاني انتهى وهذا كما ترى صريح في مانعية
الاستيلاد عن الانتقال ولكن الاقوى عندي عدم المانعية وجواز الانتقال
اذ الممنوع انما هو النقل عن بيع الامة وهو خارج عن الفرض واما الانتقال
فلا مانع منه كما لا يخفى هذا وقال شيخ مشايخنا [illegible] في ذيل الفرع المذكور ولو قلنا
بجواز بيعها حينئذ في اداء القيمة امكن القول بجواز استردادها لان المانع عنه انما
هو عدم انتقالها فان لم يكن [illegible] نقلها الا من القيمة لم يمنع عن ردها الى
البايع كما لو بيعت الى البايع في ثمن رقبتها انتهى اقول هذا التفريع يحتمل
ان يكون من تتمة القول بعدم الالحاق اي عدم الحاق الشرط المذكور في
متن العقد بالثمن ويحتمل ان يكون كلاما مستأنفا في فرض القول بالالحاق واما
الاحتمال الاول ففيه مقربات احدهما انه لو كان تفريعا للقول بالالحاق لكان
الاولى ان يقول وعلى الالحاق لانه انسب بسياق الكلام وثانيهما انه لو كان
كذلك كان اللازم ان يقول في اداء الشرط الذي هو جزء من الثمن لا

لا اداء القيمة كما في الروضة الا ان يكون مراده ره باداء القيمة اداء
الشرط وهو كما ترى ومن هذا الوجهان كما يعزيان الى احتمال الاول يحب
ظاهر اللفظ لكن يبعده ان الثلاث كان له مظهر بايضا بحسب المعنى
احدهما ان محل الكلام في البحث الى هنا انما هو بيع المستولدة في ثمن رقبتها
لا في دين آخر غير ثمنها فلو كان التفريع المذكور من تتمة القول بعدم الالحاق
كان بيعها في دين آخر اجنبيا عنه اذ الكلام فيه لحاقها بالمستثنى فان
الى عدم جواز بيعها في غير ثمن رقبتها اتفاقي وح فلا معنى لقوله ره ولو
قلنا الخ وثانيهما انه يلزم التكرار الا ان المراد من قوله ره استرداده
هو جواز استرداد البايع للامة ثم الانتقال للرخصة في بيعها لا وجوب
الاسترداد وح فقوله ره بعد ذلك ولو قلنا بجواز بيعها في اداء القيمة
فيه شائبة التكرار هكذا افاد الاستاد دام ظله الا ان الانصاف ان
جانب طرفي الاعتناف هو ان التفريع المذكور انما هو من تتمة القول
بعدم الالحاق كما يظهر بالتأمل في كلامه صدرا وذيلا وكيف كان فقد
عرفت ان المسألة ذات اقوال احدها جواز الاسترداد وهو الظاهر من كلام
شيخنا الشهيد ره حيث قال الاقوى القول بجواز استردادها وثانيها
المنع منه ولو مع القول بجواز بيعها في اداء القيمة نظرا الى ان القول بجواز
الاسترداد ح قياس لا يساعده الدليل فيجوز البيع دون الاسترداد
وثالثها التفصيل بين ما لو كان الثمن الذي تباع به ازيد من ثمن المبيع وبين ما
كان مساويا له فيجوز البيع على الاول دون الثاني ولعله ره الى هذين
القولين او الاحتمالين اشار بقوله ره الاقوى القول بجواز استردادها

استردادها وفي التعبير بقوله ره الاقوى اشارة الى ضعف هذا القول
كما يعرفون في الاشارة اليه بلفظ قيل او بنا ل او نحوهما فافهم ومنها
ان المولى اذا مات ولم يكن عليه دين اصلا ينعتق ام الولد على ولدها مع
انحصار الوارث فيه وبقدر نصيب ولدها مع التعدد وعدم الانحصار
ثم تسعى الام في اداء نصيبها في الورثة ولا ينافي ذلك ما ذكره الاصحاب
من استغناء الولد فيه بها دون ام الولد في ذلك لان ما ذكروه انما هو
في العتق الاختياري كما لو اعتق شقصا من العبد فعليه الاستسعاء
في قيمته باقي الاشقاص لسائر الشركاء واما العتق الاختياري كما في المقام
فعلى المعتق سهم الشركاء فتدبر ومنها انه اذا مات المولى وكان عليه
دين ثمن رقبتها ففي جواز بيعها اشكال لان مقتضى رواية ابن يزيد
وان كان جواز بيعها في ثمنها الا ان مقتضى قاعدة انتقال مال الميت
الى الوارث منعه ومقتضى قاعدة انعتاق المولود على مالكها عدم الجواز وكون
الام معتقة على ولدها بعد موت سيدها وح فيقع التعارض بين
الرواية وبين القاعدتين فكيف التوفيق بينها ويمكن الجواب عنه بامكان
الجمع بينهما بوجوه احدها منع القاعدة الاولى وثانيها منع الثانية
وثالثها تسليم الاولى والتزام التخصيص فيها ورابعها تسليم الثانية والتزام
التخصيص فيها واما عدم الثاني منها منظور فيه لان الانتقال في عدة
عقلية مطردة غير قابلة للتخصيص فلا وجه لمنعها صغرى وكبرى والثالث ام
التخصيص في قاعدة الانعتاق ايضا صعب على الفقيه فتعين الرابع بالخصوص اي
هو التخصيص في قاعدة الانعتاق والسر في ذلك ان الملك ضعيف

ثم وجهه مع المالك او البطن فيه والقول بانه يعتبر في صحة الملك
استغراق الدين ممنوع بل يكفي في صحة الملك وجود دين في الجملة هذا
تمام الكلام في بيعها في ثمن رقبتها واما بيعها في دين آخر فلا يجوز في حيوة
المولى اجماعا على الظ لمصرح به في كلام البعض واما بعد موته ففيه قولان
قول بالمنع ايضا مط وهو المشهور المعروف بين الاصحاب وقول بالجواز مع كون
الدين مستغرقا وهو المحكي عن ط وصريح اللمعة وظاهر كنز العرفان والصيمري
ولعل وجهه ان الورثة لا يرثون مع الاستغراق فلا سبيل الى الانعتاق الذي
هو الغرض من المنع عن بيعها وعلله في اللمعة بانها تعتق بموت مولاها
من نصيب ولدها ولا نصيب له مع استغراق الدين فلا تعتق هذا وقد
توهم من كلام شيخ مشائخنا ره ان في المسئلة قولا آخر وهو القول بالجواز مط
حيث قال بعد نقل مذهب المش خلافا للمحكي عن ط فجوز البيع مع استغراق
الدين والجواز ظاهر اللمعة وكنز العرفان والصيمري على ما حكي عنهم من ان
العدول عن التعبير بالضمير الى الاسم الظ في قوله والجواز ظاهر اللمعة
دون قوله وهو ظاهر اللمعة يكشف هذا ولكن الحق ان الجواز المنسوب الى
الشهيدة هو الجواز المطلق وهو غير الجواز الى المنسوب الى الشيخ ره فقط
لانه انما يجوز مع الاستغراق لا مط وعليه ففي المسئلة قول آخر بالجواز
مط اذ لو كان الجواز المنقول عن الشهيد ره هو المحكي عن ط لكان حق العبارة
ان يقول وهو ظاهر اللمعة هذا ولكن الحق ان المسئلة ذات قولين
ليس الا وان الجواز المنسوب الى الشهيد هو المنسوب الى ط بعينه لانه
اي الشهيد ايضا انما يجوز البيع مع الاستغراق لا مط في اللمعة

الخامس من مورد جواز بيعها ما اذا مات مولاها ولم يخلف سواها
وعليه دين مستغرق وان لم يكن ثمنا لها لانها انما تعتق بموت مولاها من نصيب
ولدها ولا نصيب له مع استغراق فلا تعتق انتهى وهذه العبارة كما ترى
صريحة في موافقة ط كما علله فلا بد من توجيه كلام شيخ مشائخنا ره بان يقال ان
الالف واللام في قوله الجواز للعهد والمعنى ان ذلك الجواز المنقول عن ط ظاهر
اللمعة ح فلا مجال للتوهم القول الثالث من عبارته ره وكيف كان فاحتج
البه المش هو المنصوص ويدل عليه امور احدها الاصل بمعنى استصحاب بقاء المنع
الثابت في حال الحيوة وثانيها الملازم منطوق صحيحة ابن يزيد قال في
ذيلها قلت فيبعن فيما سوى ذلك من دين فقال ع لا فانه يدل على عدم جواز
بيعها في غير ثمن رقبتها من دين آخر مط سواء كان الدين مستغرقا ام لا وثالثها
الملازم رواية ابن يزيد عن ابي الحسن ع عن بيع ام الولد تباع في الدين قال نعم في
ثمن رقبتها فانها يدل بالملازمة بمفهومها على عدم جواز بيعها في دين آخر مستغرق
كان ام لا ورابعها العمومات الدالة على المنع عن بيعها الجز اي الاخبار المتقدمة المعتضدة
بالشهرة المحققة هذه الوجوه بامرها تدل على عدم جواز بيعها في دين
آخر مط سواء كان المولى حيا او ميتا والدين مستغرقا ام لا وللقائل القول
بالجواز مع الاستغراق ما يستدل له بمفهوم رواية يونس في ام ولد ليس لها
ولد مات ولدها ومات عنها صاحبها ولم يعتقها هل يجوز لاحد شرائها قال لا الا
بعنوان الوراثة فان كان لها ولد وليس على الميت دين فهي للولد واذا
ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها وان كانت بين شركاء فقد عتقت
من نصيبه وتستسعي في بقية ثمنها للاخرين فقوله ع فان كان لها ولد وليس

لاحد شرائها قال لا الا لحاجة

٣٩٤

ولو كان على الميت دين فهو للولد له يقتضي بمفهومه انتفاء الولد مطلقا
وجود الدين فيجوز بيعها حينئذ في اداء الدين ولكن فيه اولا انها مقطوعة
خارجة عن ضابطة دوابنا في بيعها انها ان دلالتها على الجواز لو سلمت
فانما هي بالمفهوم ودلالة الصحيحة على المنع بالمنطوق وهو اقوى كما تقرر في
محله فيقدم على المفهوم وثالثا انها عامة من حيث المفهوم والروايتان
خاصتان فيقدم الخاص على العام ورابعا ان رواية يونس شاذة لان القائلين
بجواز بيعها في غير ثمنها لم يعملوا بها بل انما حكموا بالجواز من جهة عدم
ارث الورثة مع الاستغراق وعدم نصيب للولد حتى تنعتق عليه وبالجملة
فالاقوى ما عليه المشهور من المنع حتى بعد الموت ومع الاستغراق وفاقهم ثاني
الشهيدين في نكاح المسالك حيث قال الاقوى انتقال التركة الى الوارث مطلقا
وان منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين فينعتق نصيب الولد
منها كما لو لم يكن دين ولزمه اداء قيمة النصيب من ماله هذا ولكن ربما نوقش
لما عرفت على ما في المسالك بوجوه اربعة الاول كلما استشهد بما دل على انعتاقها
من نصيب ولدها ان ذلك انما هو من جهة انحصاره لذلك النصيب من غير ان يقوم
عليها اصلا وانما الكلام فيما في الحصة اذ لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمة
امه فهل تقوم عليه او تستسعى في اداء قيمتها ونحصل هذا الوجه هو ان انعتاق
الولد بنصيبه مجانا من غير ان يقوم عليه اصلا وانما الكلام فيما في الحصة
اذ لم يف نصيبه الا ان نصيبه انصب الى الوارث فلا بد منه
الا ما يفضل من التركة بعد اداء الدين وسائر ما يخرج من الاصل والمقصود
منه نصيب من التركة لا النصيب الذي يحكم بملك الوارث له تقصيا

٣٩٥

تقصيا عن لزوم بقاء الملك بلا مالك ومحصل هذا الوجه هو ان المراد بالنصيب
هو النصيب الفعلي لا الشأني ومع استغراق الدين يكون النصيب الشأني للولد ثابتا
ومثل هذا النصيب لا يوجب انعتاق الام عليه الا شأنا فما ادعاه في المسالك من
انعتاق الام على ولدها بمثل هذا الملك الذي ذكره ممنوع عن النص بل صحة ما لم
يصرح به الاصحاب فلم نجد ما يدل عليه دليل معتبر من ادلة الباب وظاهر جملة الاخبار
وكلمات الاخيار من اطلاق الملك فان ظاهر ان المراد منه غير هذا القسم ولذا لا يحكم
بانعتاق العبد الموقوف على من ينعتق عليه لانه ملك مجرد كالموقوف عليه على
ولد فلذلك العبد بناء على هذا الوقف وانتقال الموقوف الى الموقوف عليه الرابع
انه يلزم على ما في المسالك انه متى كان نصيب الولد من التركة باجمعها ما يساوي
قيمة امه تقوم عليه سواء كان هناك دين مستغرق ام لا وسواء كان على
تقدير عدم الاستغراق نصيبه الثابت فعلا في بعد الدين بحيث يفي بها
بقيمتها ام لا وكذا اذا ساوى نصيبه من الاصل نصفها او ثلثها وهكذا
فانه يقوم نصيبه عليه كائنا ما كان ويسقط من القيمة نصيبه الباقي الثابت
ان كان له نصيب ويطلب بالباقي وهذا مما لا يقول به احد من الاصحاب وينبغي
القطع ببطلانه ثم اقول وهذا الوجه الرابع انما يتم بناء على جواز مصادمات
تلك الادلة وان يكون تلك الامور التي ذكرها خارجة عن مورد كلام
لا داخلة فيه والا فلو كانت مشمولة لاطلاق كلامه او عمومه فلا معنى لعدها
من لوازم كلام المسالك الا ان يقال ما ذكره في المسالك فاسد لانه يلزمه ثانيها
ثبوت الملازمة بين تلك الامور وبين مورد كلام المسالك وثالثها ثبوت بطلان

296

اللازم وح فلا بد من احراز تلك المقدمات التي يتوقف عليها مبنى هذا الوجه
عليها فنقول اولا ان مرجع الضمير في كلام لك فقوله يستغرق نصيب الولد
منها يحتمل ان يكون الام ويحتمل ان يكون التركة وعلى الاول فالمقدمة الاولى
ظاهرة لان المفروض في كلام لك هو انعتاقها بنصيب الولد الامر في العفو
ان انعتاقها بنصيب الولد الذي اورده المستفرد عليه خارج عن كلام لك واما
المقدمة الثانية فمع فرض انحصار التركة فيها استغراق الدين فواضحة ايضا لاتحاد
المناط حيث ان جهة تقويم نصيب الولد من الام عليه انما هو لعدم تحقق الملك
والدين بعد عدم سقوطه عنهم وهو بعينها موجودة في المقام ايضا واما
على تقدير عدم الاستغراق فالملازمة ممنوعة اذ لا وجه للتقويم على الولد
وعلى تقدير تسليم الملازمة فالمقدمة الثالثة مسلمة وهي قوله لم يفضل له ما يحصل به
سواء كان نصيب الثابت في الباقي مساويا لقيمتها او زائدا او ناقصا
هذا كله بالنسبة الى الامر الاول على تقدير استغراق الدين واما الثاني اعني عدم الاستغراق
واما الامر الثالث الذي اشار اليه بقوله وكذا لو ساوى نصيب من
الاصل نصفها او ثلثها اه فهو ايضا مع فرض استيعاب الدين يكون المقدمة الاولى
مسلمة الا ان المقدمة الثالثة ممنوعة ومع عدم الاستيعاب يكون الملازمة
ايضا ممنوعة نعم على تقدير ثبوت الملازمة فالمقدمة الثالثة مسلمة ثم
ان هذا كله على تقدير كون الضمير في عبارة لك راجعا الى الام واما
على تقدير رجوعه الى التركة فمع استغراق الدين يكون تلك الايرادات المذكورة
في الايراد الرابع متوجهة لعبارة لك لا خارجا عن الكلام وعلى تقدير عدم
الاستغراق يكون تلك الامور خارجا عن كلامه مردود لان مورد كلامه

297

كلامه اي لك ما اذا كان الدين مستغرقا ففرض عدم الاستغراق يكون خارجا
عن كلامه ويكون الملازمة ح ممنوعة هذا ملخص ما افاده الاستاد دام ظله في
توضيح الايراد الرابع فتدبر وقد اجاب شيخ مشايخنا الرشتي عن هذه الوجوه
الاربعة بما ينبغي التعرض له اما عن الاول فبان المستفاد من ظاهر الادلة الدالة على
انعتاقها من نصيب ولدها انعتاقها عليه ح مع الدين المستغرق وذلك لا ينافي اشتغال
ذمة الولد ح بقيمة نصيبه او وجوب سعي الام في القيمة جمعا بين ما دل على انعتاقها
على الولد الذي يكشف عنه الملازمة في الرقبة سعيها وبين ما دل على ان الوارث لا
يستقر له نصيبه على وجه لا يسقط حق الديان غاية الامر سقوط حق الديان عن
عين الام الى ان قال والحاصل ان مقتضى المنع عن بيع ام الولد في دين غير
ثمنها بعد موت المولى عدم تسلط الديان على اخذها ولو كان الولد ممنوعا من
فكها بالقيمة وعدم تسلط الولد على دفعها اداء عن دين ابيه ولا ينافي ذلك انعتاقها
على الولد وح فيدور الامر بين سقوط حق الديان عنها فيلزمه ان يكون
ام الولد نظير مؤنة التجهيز الذي لا يتعلق حق الديان بها وبين ان يتعلق حق
الديان برقبة الولد لا تلازمها في ملكه وبين ان يتعلق حقهم بقيمتها على
رقبتها فيبقى فيها وبين ان يتعلق حقهم بمنافعها فلهم ان يوجروها مدة تفي
اجرتها بدينهم وح فلا اشكال في بطلان الاولين اما الاول فلعدم جواز
دفع السبب الدال على بقاء حق الديان واما الثاني فلان حقهم انما يتعلق بالتركة
اعني الام دون ذمة الولد وح فيتعين الاخيران وعلى كل منهما لا بد من انعتاقها
وعدم جواز بيعها انتهى ولنا فيه نظر من وجوه اولها ان مجرد عدم منافاة
انعتاقها مع اشتغال ذمة الولد بقيمة نصيبه مع قيام دليل عليه لا يكفي
في ثبوت اشتغال ذمته لان الاصل عدمه وثانيها ان لازم العمل بمقتضى

اطلاق فادلة انعتاقها فالامر هو انعدام الموضوع راسا كالتلف فكان
الولد مات ولم يبع التركة ولازم ذلك سقوط حق الديان والحاصل
ان انعتاق الام بمنزلة تلفها فلا شيء حتى يتعلق حق الديان به وعلى هذا
فلا وصلة ربما لكلام بين الاضافات التي ذكرها ره وفائدتها ان عدم
سقوط الدين من التركة وتعلقه اما بذمة الولد او بذمة الام او بغيرهما
انما هو لاصل عمومات الدين والوصية كقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها
او دين وادلة الانعتاق حاكمة معارضة لها تعارض العامين من وجه لان
مقتضى عمومات الدين تعلق حق الديان بالتركة قبل الارث سواء كانت التركة
ام الولد او غيرها ومقتضى ادلة الانعتاق سقوط حق الديان سواء
كان الدين مستغرقا ام لا ولا ريب ان ادلة الانعتاق حاكمة على ادلة تعلق
حق الديان بالتركة لان تعلقه بها معلق على القدرة من اداء من التركة
وهو هنا منتفية لان تحرر الشيء كالتحرر العقلي ولو لم عدم الحكومة فيكون المرجع
بعد التساقط عمومات جواز البيع كما عن لسلطنة وغيرها وح فيشكل
شيخنا الطوسي قده على صاحب الكفاية ره تقديره ابقهما ان قوله ره بعد
ابطال الاولين مقتضى الاخبار منقوض بما اذا فرض عدم امكان الاخير
كما اذا كانت الام لم تولد ذمته بحيث لا تصلح للاجارة ولا للاستسعاء
ح اما ان يتعلق الدين بذمة الولد فقط وح يشكل سبيل الحال ولا يعتبر
الثاني فالحكم ببطلان الاولين وتعين الاخير بقبول مطلقا وحرامه
هذا كله في جواب الامر الحالي ولما الامر الثاني فان مقتضى المنع
عن بيعها مطلقا او في دين غير ثمنها استقرار ملك الوارث عليها وح

وح فيكون نصيب الولد منها مستقرا كما لا يخفى واما الثالث فعدم كون
الملك محجورا كما ذكره ره اذ بعد ما فرض عدم تعلق حق الديان بعين ام
الولد ولو مع امتناع الولد عن الاداء فلا مانع من انعتاقها ولا جهة جامعة
بينها وبين الوقف لان الوقف ملك للبطن اللاحق كما هو ملك للبطن السابق
فيكون الملك في الوقف مشتركا وهذا بخلاف المقام لعدم الاشتراك فيه
نعم يا سرهم فبا س مع الفارق حاصله الرابع فبان ما ذكره المورد انما يرد
على ذلك لو كان رضا مالك جاز ما بتعلق قيمتها بعد انعتاقها بالولد واما اذا
كان بالاستسعاء فيها فلا يرد عليه شيء هكذا افاد الاستاد حرره في دفع الايراد
وانت خبير بانه لا يتم للايراد لان ظاهر ذلك بل صريحه الجزم بان قيمتها بعد انعتاقها
على الولد وح فيكون الايراد واردا على ما افاده ره ثم ان ههنا مسئلة نظرا اليه
نذكرها تبعا للشيخ مثلا قده وهو انك قد عرفت ان نصيب الولد من امه
ينعتق عليه اما مع التقويم او بدونه واما النصيب غير الولد منها من سائر الورثة
فالمصرح به في كلام المجامع بقي رحمه ان غير الولد من الورثة يملك نصيبه من ام الولد
لكن لا مجانا بل مع التقويم عليه ضمانا بل نصيبه من الدين متدفع الى الديان
وتعلق نصيب غير ولدها عليه ثم يعزم الولد للقيمة او الامر بالسعي في قيمة الحصة
التي ملكها غير الولد من الديان واما حرمان الديان عنها عينا وقيمة واخذ غير
ولدها حصتها منها او من ديتها وصرفها في غير الدين فلا وذلك لمخالفته
للادلة الدالة على ثبوت حق الديان هذا محصل ما ذكره ره وانت خبير بان
كون نصيب غير الولد على الولد او على الامة لا يحتاج الى توسيط المعوضة التي ذكرها

يمضي بملك غير الولد نصيبه منها الا انه تعتق بها عليه و دفعه الى الديان ثم ا
انما قلنا عليه لان المذكور في كلمات الفقهاء انعتاق نصيب الولد بالاستحقاق
اما مع التقويم عليه او بدونه وانعتاق باقي الانصباء من باب السراية وضمان الولد
نصيب الورثة بالقيمة او الامر بالاستسعاء فكلماتهم كما ترى خالية عن
الصفة التي ذكرها ومنها انه يقول نفي ضمان ولدها انصباء اخوانه
فقد اشار قبل حقوق عن يونس منكرا و مؤنثا في قوله البيع او الشيء ثم
ان الضمان فيما لو كان العتق بسبب اختياري كما اذا اعتق احد الشريكين
نصيبه سرى الى الباقي الانصباء انما يكون من جهة فاعل العتق الاتلاف وظاهرا اما اذا
كان العتاق قهرية بسبب قهري كما فيما نحن فيه فيكون ضمان الولد او امه من باب
التعبد المحض فتدبر و منها ان المستثنيات من الكلية بيعها في مؤنة
تجهيزها ولا ها نسيجوز كما في صلاة الام تخلف سواها فلم عكس بيع بعضها فيه
ولا اقتصر عليه واستدل له بوجوه الاول ان المنع عن بيعها انما كان من جهة رجاء
عتقها من نصيب ولدها من الواضح انه مع فرض الاحتياج الى الكفن لا ارث للولد
فلا رجاء الثاني ان الكفن اولى من الدين والمفروض جواز بيعها في الدين لتقدمه
على حق الاستيلاد فاذا دار الامر بينها والكفن مقدم على الدين فيكون بيعها
للكفن عند دوران الامر بينه وبين حق الاستيلاد كما في المقام ايضا جائزا
بطريق اولى وبعبارة اخرى اذا دار الامر بين الدين وحق الاستيلاد فيكون
الاول مقدما على الثاني فاذا دار الامر بين الكفن والاستيلاد فيكون بيعها
في الاول اولى بالجواز من جهة تقدمه على الدين المتقدم على الاستيلاد الثالث

الثالث الحلول الوفاة وتركه مالا معادلا للكفن فلو لم يكن عليه دين
من رقبتها فلا ريب في جواز بيعها في ثمنها ولا يحتاج بيع وجود المال المعادل
للكفن الممكن صرفه في ثمنها عن بيعها فيعلم من ذلك انه لم يكن على الاستيلاد
والا لكان اللازم صرف معادل الكفن في ثمنها وعدم تجويز بيعها ومن المعلوم
انه لا فرق في جواز البيع بين وجود ثمن الرقبة كما في الفرض المزبور الذي
اجتمعت فيه حقوق ثلاثة وبين عدمه كما في مفروض المقام الذي اجتمع فيه
حقان حق الكفن وحق الاستيلاد دون رقبتها يظهر فساد ما ذكره بعض المحققين
في مقابلهم من ان القول بتقديم حق الكفن على الدين ما هو من القول بجواز
بيع الامة المستولدة في مطلق الدين يجوز لكل من قال بجواز بيعها في مطلق
الدين امكن له القول بجواز بيعها في الكفن هنا لتقدم الكفن على الدين واما
من لا يرى جواز بيعها في مطلق الدين فليس له ان يقول بجوازه في الكفن هنا
كما لا يخفى وجه الفساد ما عرفت من انه على تقدير امضاء جواز البيع في ثمن الرقبة
ايضا يمكن جعله اثبات جوازه في الكفن بالتقريب المذكور في الوجه الثالث
الثالث هذا ويمكن المناقشة في الجواب عن الوجوه المذكورة اما الاول فبان ما
ذكره من ان المنع انما هو لرجاء الارث المقصود مع الحاجة الى الكفن حكمة غير
مطردة ولا منعكسة واما الثاني فيمنع دعوى الاولوية ضمان
الثابتة على حكمة خاصة واما الثالث فبما ذكره شيخ مشايخنا رحمه الله وحاصله
ان جواز بيعها في ثمن رقبتها عند اجتماع الحقوق الثلاثة حق الكفن والدين وحق
الاستيلاد ليس من جهة تقدم حق الكفن على الاستيلاد حتى يكون يقدم للفرق
بين المقامين بل انما هو من جهة كون حق الديان فانه اولا على حق الاستيلاد

ولقاء حق الميت لبقاء المعارض وهذه الجهة كما ترى مشتبهة في المقام ومجرد
احتمال ثبوت حكم في موضوع لا يلازم ثبوت ذلك الحكم في موضوع
آخر لأنه أشبه شيء بالقياس وذلك لأن ثبوت الحكم في كل موضوع يحتاج
الى الدليل وليس هنا دليل سوى الأدلة الدالة على تعلق حق الغرماء بأصل
التركة ولكن الحكم باختصاص تلك الأدلة بصورة عدم كون التركة ممنوعة
بالمنع من التصرف من جهة تعلق حق الحقوق بها كحق الاستيلاد وما
أورثناه ونحوهما ودعوى العموم ان الاستيلاد في المقام حق سابق على حق
الميت كما لا يخفى هذا محصل الجواب الذي ذكره شيخ مشايخنا المرتضى رض
مع توضيح له منا أقول ان المسألة المبحوث عنها أعني ما لو دار الأمر بين حق
الأم وحق المولى إما أن تكون من قبيل تزاحم الحقين أو تكون من باب تعارض ا
الدليلين فإن كانت من قبيل الأول فلا وجه للتعبير بالظهور في قوله ره ولكن
الظاهر اختصاص الخ بل الأولى له المتعين أن يقول لكن المقطوع به لأن المتزاحمين
كالمتضادين لا يجتمعان في آن واحد في مكان واحد فوجود أحدهما في محل
يكون شاغلا للمحل فيمنع عن حلول الآخر فيه الثابت الموجود قطعا وجزما لا
ظاهرا كما عبر به وإما ان كانت من قبيل المتعارضين فاستظهاره كما استظهره
في محل المنع إذ لا دليل للنسبة بين أدلة تعلق حق الغرماء بمال الميت وبين
الأدلة الدالة على المنع من بيع أم الولد عموم من وجه لأن الأولة عامة من جهة كون
المال من قبيل الأمة المستولدة أو غيرها والثانية عامة بالنسبة الى كون البيع
لأجل التكفين أو غيره فيتساقطان ويجب التوقف وكيف كان فالرجوع
عند فقد المرجح الى أصالة الفساد على ما ذكره شيخ مشايخنا قده ولكن فيه أن

المراد من أصالة الفساد إن كان الأصل الأولي الآن لحصول الأثر في انتقال
الى الصحة والجواز فإما إن كان المراد منه استصحاب الفساد فمفاده أوضح لانتفاء
الموضوع وتبدله وحينئذ فليس لنا شيء في ما نحن فيه يستصحب لأن المتيقن في السابق
إنما كان عدم جواز بيعها في حال حيوة المولى وكلامنا في المقام فيما بعد وفاته فما
كان متيقنا في السابق لا حدوث له لا سبيل إلى استصحابه بل لا معنى له فما أريد استصحابه وهو
المعتبر في المقام لم يكن متيقنا في السابق إذ المتيقن إنما هو حرمة البيع في حال الحيوة
والمشكوك في المفروض بيعها بعد الممات وبينهما بون بعيد فيما جعله ليكون المرجع
أصالة لم نجد وجها لمفاده ولعله ره الى هذا أشار بقوله فتأمل والأقوى في
هذه المسألة جواز بيعها للكفن للعمومات الدالة على جواز البيع فتدبر
ومنها أي من المستثنيات ما لو جنت الأمة في حال حيوة مولاها وهذا
يتصور على أقسام لأن الجناية إما أن تكون على الأجنبي أو على المولى وعلى التقديرين
فإما أن يكون صدورها منها عمدا أو خطأ فالأقسام أربعة فيقع الكلام
فيها في مقامات الأول فيما إذا جنت على الأجنبي عمدا وحكمها أن المجني عليه مخير
بين القصاص من الأمة وبين استرقاقها كلا أو بعضا بحسب جنايته سواء كانت
الجناية في النفس أو الطرف وهذا مما لا كلام فيه وإنما الكلام في جواز
بيعها بعد الجناية والكلام فيه تارة في جوازه للمولى الأول قبل أن يثبت
المجني عليه حقه وأخرى بعد اختياره للقصاص أو الاسترقاق فأما الكلام في الجهة
الأولى فهو أنها بعد صدور الجناية إما أن تبقى في ملك المولى الأول أو لا
بل تخرج عن ملكه بمجرد الجناية فإن قلنا بالأول فلا إشكال في عدم جواز
بيعها لأنها أم ولد وقد عرفت حكمها مفصلا وأما إذا قلنا بالثاني فيمكن

القول بجواز بيعها الى آخر كما يأتي ونظهر الثمرة فيما لو عفا المجني عليه ونحوه عنها
وغير ذلك والوجه فيه انصراف الادلة المانعة الى الاستيلاد دون الجديد و
لكن يستفيد عدم جواز بيعها للمولى الا ان يقال سواء قلنا بخروجها عن ملكه بمجرد
الجناية ام لا اما على الثاني فواضح لما ذكرنا من كونها ام الولد ومشمولة للادلة
المانعة واما على الاول فهو خروجها عن ملكه بالجناية وتملكها له بعد العفو بالملكية
الجديدة فلانه اذا المناط وجود العلة والحكمة المانعة وهي بقاؤها وتشبثها
بنصيب ولدها ودعوى الانصراف كما ترى ممنوعة واما الجهة الثانية اعني
جواز بيعها للمجني عليه بعد الاسترقاق ففي الجواهر انه يمكن ان يقوى عدم الجواز
لان رقيتها للمجني عليه لا تزيد على رقيتها للمالك الاول لانها انما تنتقل الى الثاني
على حسب ما كانت للاول هذا وحكي الخدشة في هذا الجواب بان الاسترقاق
واجاب عنه شيخ مشايخنا رض بما محصله ان الاسترقاق ان كان من الاحكام
الالهية الان متعلقة هو الموضوع الذي كان للمالك الاول وفي العموم انه لم يكن
ملكا طلقا له وح فالاولى منع جريان الادلة المانعة عن بيع ام الولد وشمولها
للمالك الثاني المجني عليه وانها انما تتعلق بالمالك الاول الذي استولدها و
ربما يشكل جواز نظر ما الى استرقاقها بمعنى رقبتها فيما بالنسبة لها
كلها فيما اذا كانت جنايتها عمدية والمجني عليه الاجنبي واما اذا جنت على الاجنبي
خطأ ففي حكمها قولان اصحهما ما نسب الى المشهور واختاره شيخ مشايخنا رض من
انه ح كغيرها من مماليك المولى من العبيد والاماء فللمالك ان شاء دفعها او ما
قابل منها للجناية الى المجني عليه وان شاء افداها باقل الامرين من قيمتها و
ارش الجناية كما عن المشهور او بالارش خاصة كما في كتاب الشيخ ره وثانيها

هنا حكم شرعي لا [illegible] رقبة النقل وان الاشتقال [illegible] انه انما كان على النحو الذي كان للمالك الاول وهذا ويحكي الخدشة في هذا بان الاسترقاق ح

وثانيها تعين الفداء على المولى وهو المحكي عن مبسوط الشيخ ره وعن المهذب
والمختلف وس وهو مختار شيخ الامامية في الجواهر واستدل على ذلك بوجوه
منها استيلاده المولى للامر عن الاختيار [illegible] انه لو قتل امته الجانية يلزمه
الفداء فكذلك الحكم فيما لو استولدها نظرا الى امتناع احد طرفي التخيير
بالاستيلاد فيتعين عليه الاخر وهو الفداء ومنها رواية مسمع عن ابي عبد الله ع
قال ام الولد جنايتها في حقوق الناس على مولاها وما كان من حقوق الله تعالى
في الحدود فان ذلك في بدنها ومثلها المرسل المروي عن علي ع في المعتق عن دبر هو
من الثلث وما جنى هو وام الولد فالمولى ضامن لجنايتهم وظاهر هذين الروايتين
كما ترى تعين الفداء على المولى ومنها عموم الادلة المانعة عن بيعها وهو وان
كان يعارضه ادلة الجناية تعارض العامين من وجه من حيث ان المستفاد من
اطلاق ادلة الجناية ثبوت الخيار للمولى سواء كان الجاني ام الولد او غيرها
والمستفاد من اطلاق ادلة الجناية ثبوت الخيار للمولى والمانعة عن بيعها عدم
جوازه سواء كانت جانية ام لا الا ان الترجيح لادلة المانعة لا يخصص بمعونة الجواز
النصاد [illegible] في غير هذه الصورة وهي صورة جنايتها على الاجنبي خطأ
هذه فتوى مما استدل ويمكن ان يستدل بها للقول بتعين الفداء على المولى
واستدل على القول بالتخيير بين الدفع والفداء باطلاق ثبوت جناية المملوك
ان مقتضيها ان المانع تلك التخصيص ولا يعارضها اطلاق الادلة المانعة
عن بيع امهات الاولاد لا يستفاد منها المنع عن نقلهن ولا ريب في عدم صدق
النقل على ترك الفداء واعطاء دفعها الى المجني عليه حتى يقع بشمول الاطلاق
له لانه حكم شرعي قهري ومنعها [illegible] والوجه الاولى [illegible] وجوه .

أدلة القول بالتخيير أما الأول فلأنه مصادرة محضة وأما الأخير فلأن الترجيح
ومع التعارض والتكافؤ وهو مستقيم وأما الروايتان فحملهما على ما يفهم منهما
التخيير خلاف ظاهرهما بل المستفاد منهما إنما هو التخيير بقرينة أن المراد كون جنايتها
على سيدها هو عود خسارة الجناية عليه فيما قبل بل المتعين ... الخسارة عنه
لا عين الجاني ولا غيره من أمواله نعم يمكن القول بذلك في وجه الجمع بين كلامي
الشيخ قده في محكي المبسوط في باب الاستيلاد والديات حيث اختار التخيير في الأول والتعيين
في الآخر هذا ولكن الحق في المقام هو القول بالتخيير لثبوت التعارض بين أدلة
الجناية وأدلة المنع عن البيع ومنع التعارض ليس إلا مكابرة محضة لأن ما ذكر
في سنده من كون دفعها إلى المجني عليه كما شرع بالأصالة اختيارا إنما يتم في الجناية
العمدية التي يكون الخيار فيها بيد المجني عليه وأما في الجناية الخطائية التي هي مفروض
البحث فليس دفعها فيها إلا بالتخيير بالاختيار فيها بيد المولى لا المجني عليه ومن هنا وقع
لها من باب الفداء أو المختار للمولى كما لا يخفى ومع أن [illegible] الترجيح
أن [illegible] صورة الجواز نصا وفتوى بعد صورة الجناية الخطائية على الأجنبي إلا
أن المعتمد في إثبات تعيين الفداء وعدم جواز الدفع هو الروايتان المذكورتان منها
نعم المطلوب صار دعوى ظهورهما في التخيير بالتقريب المذكور ممنوعة لأن الظاهر
من قوله عم على سيدها في رواية مسمع ومن لفظ الضمان في المرسل هو التعيين وكون
المراد وجوب الفداء على المولى كما لا يخفى وأما بيع المولى لها في جنايتها على الأجنبي خطأ
فعلى القول بالتعيين غير جائز لأن لزوم تعيين الفداء يمنع عن جميع التصرفات فيها و
أما على التخيير فالمحكي عن ظاهر جوازه لأن جواز تسليمها إلى المجني عليه لكونه من التصرفات
يستلزم جواز بيعها أيضا ولعل الوجه في عدم تعرض شيخ مشايخنا ره لحكم بيعها

[illegible]

بيعها إلا أن الثابت في الصورة المفروضة أعني صورة الخطأ إنما هو ثبوت الملازمة
المذكورة عنده قده أيضا هذا وعن بعض أفاضل الفقهاء رد التفصيل بين تسليمها
إلى المجني عليه في الصورة المذكورة وبين بيع المالك لها فيها فأجاز الأول دون
الثاني فإنه صرح بأنه لا وجه له بعد ما ذكرناه من البناء على التخيير فافهم هذا
تمام الكلام في الصورتين الأوليين أعني كون جنايتها على الأجنبي إما عمدا أو خطأ
وأما جنايتها على المولى إذا كانت عمدية مستوعبة لقيمتها فعن غير واحد أن له
عودها مطلقا بمجرد جنايتها عليه فيجوز له فيها جميع التصرفات التي كانت
له قبل الاستيلاد كما حكاه في شرح بعض [illegible] السيوري عد هذه الصورة
من المستثنيات التي يجوز بيع أم الولد فيها أيضا وناقشها فيها على حكم
الاستيلاد وعدم صيرورتها ملكا طلقا بمجردها وهو [illegible] الاشتراك
بأنه لم يتحقق بجنايتها عليه إلا جواز القود والقصاص منها وأما الاسترقاق
لها فيكون من قبيل تحصيل الحاصل كما لا يخفى واستدل للقول الأول بوجوه منها
أن الأسباب الشرعية إنما تؤثر بعضها لا مكان [illegible] الجناية في أصل الاسترقاق
وإن كان محكوما بالامتناع من جهة كونه من قبيل تحصيل الحاصل إلا أنه يمكن تأثيرها
في إحداث وصف الكمال وهو صيرورتها طلقا بعد كونها ذي علقة جواز البيع
وخروج الاستيلاد بها عن صلاحية المنع ومنها قياسها على البيع في
ثمن رقبتها بمعنى أن [illegible] ثمنها كما يوجب جواز بيعها وعدم مانعية الاستيلاد
عنه فكذلك الجناية أيضا توجب ذلك فيرتفع [illegible] سببها وفيها
المنع عن [illegible] فيها ليس إلا من جهة التخفيف والإرفاق بحال الأمة وذلك
لا يناسب جنايتها على سيدها عمدا ومنها مقايسة بيع المولى على بيع المجني
عليه ولكن كلها محل نظر ومناقشة لا يرجع كلها إلى الاستحسانات
الاعتبارية المناسبة لأصول العامة مضافا إلى ما في الأخير من كونه قياسا مع الفارق

حيث ان بيع المجني عليه بها انما هو بعد جواز استرقاقها الذي هو نوع من التصرفات
فيها وهذا بخلاف المولى فانه لا يجوز له استرقاقها للزوم تحصيل الحاصل كما
لا يخفى ويمكن ان يقال بقصر جواز البيع اي بيع مولاها لها بالصورة لاطلاق الادلة
المانعة عن بيعها الى غير هذه الصورة اي صورة جنايتها على مولاها هذا كله
اذا كانت الجناية عليه عمدية واما اذا كانت خطائية فلا شيء عليها اجماعا ونصا
ففي رواية الشيخ ره عن حماد عن جعفر عن ابيه عن علي عم قال ان ام الولد اذا قتلت
سيدها خطأ فهي حرة لا سعاية عليها وعن الشيخ والصدوق ره باسنادهما
عن وهب بن وهب عن جعفر عن ابيه عم ان ام الولد اذا قتلت سيدها خطأ فهي حرة
لا سبيل عليها وان قتلته عمدا قتلت به واما ما عن الشيخ ره عن حماد عن جعفر عن ابيه عم
اذا قتلت ام الولد سعت في قيمتها فيمكن حمله على سعيها في بقية قيمتها اذا قصر
نصيب ولدها هذا لكن الانصاف ان يقال ان عليها دية الجناية في صورة الخطا
فتتبع بعد العتق وعليه يمكن حمل الخبر الاخير على سعيها في مقدار
القيمة بعد انعتاقها ولا ينافي ذلك ما ذكرناه من النص والاجماع لان المنفي
هو ورودهما في صورة جنايتها في ملك مولاها لا بعد عتقها فتدبر ومنها
ما اذا جني عليها بما فيه ديتها كقطع الانف والاذن ونحوهما فحكم هذه الصورة
مع عدم كونها مستولدة التخيير للمولى بين دفعها الى الجاني واخذ قيمتها
منه وبين امساكها مجانا ولا شيء له واما اذا كانت مستولدة فمقتضى منع
الجمع بين العوض والمعوض هو امساكها واخذ قيمتها والقول بلزوم الجمع بين
العوض والمعوض مندفع بان ذلك انما هو في المعاوضات الجعلية دون الشرعية
ولا ريب ان الدية عوض شرعي عما فات بالجناية لا عن رقبة الامة الا انه لا
يبعد كونه على خلاف النص والاجماع في مورد الامرين اعني التخيير واحتمال

واحتمال تعين الامساك مجانا اما الاول فرجحه الظاهر من ادلة الجناية من السلامة
عن المعارض لان الممنوع بالادلة المانعة انما هو التصرف كالبيع ونحوه واما
تسليمها واخذ قيمتها فليس من التصرف الممنوع عنه بل هو حكم جزئي النهي واما
الثاني فوجهه ان اختيار صورة التخيير فيها تصرف فيكون منهيا عنه هذا
كله في حكم المالك واما الجاني فان قلنا بتملكه لها جوازا او منعا تابع
لحكم المالك فان قلنا بالجواز في حقه فيجوز للجاني والا فلا واحتمال التفكيك
بين حكميهما بتجويز الدفع واخذ القيمة للمالك الجاني وعدم تجويز اخذها
وتملكها للجاني غير معقول جدا والى هذا ينظر ما في كلام شيخ مشايخنا ره
واما احتمال منع الجاني عن اخذها وعدم تملكه لها تعبدا فقد الدية منه فلا وجه
له لان الاستيلاد انما يمنع عن المعاوضة او ما في حكمها لا عن اخذ العوض بعد
اعطاء العوض بحكم الشرع ان شاء الله في المقام فروع اجمعها خروج الامة
المستولدة عن ملك مالكها الاول وانتقالها الى ملك مالك جديد بسبب
من الاسباب كالاسترقاق في غيره وقد ذكرها من صور المستثنيات ومنها
ما اذا لحقت ببلاد الحرب ثم استرقت حكاه في الروضة عن بعض ومنها ما لو
اسرها المشركون ثم استعادها المسلمون فكانت فيئا اذا اسرها غير مولاها
فلم يثبت كونها ام ولد لمولاها الا بعد القسمة وقلنا بان القسمة لا تنقض وتغرم
الامام عم قيمتها لمالكها لكن المحكي عن الاكثر والمنصوص عليه في الخبر هو انها
ترد على مالكها وتغرم قيمتها للمقاتلة ومنها ما اذا خرج مولاها عن الذمة
وملكت امواله التي هي منها ومنها ما اذا كان مولاها ذميا وقتل مسلما
فانه يدفع هو وامواله الى اولياء المقتول [illegible] استثناء ثلث

انظر المغانم

تصور لا يخ اما ان يكون بالنسبة الى نفي الاستقلال يعني لا تستقل بحكم المالك
الجديد بعد الاستقلال بحكم الاول يكون الاستثناء منقطعا لما مر او ان المجموع
بالادلة المانعة انما هو لتصرفات الاحسان ودليلا الى الاحكام بعد رفع الاستيلاد واما
على الثاني فان بنينا على عموم الادلة المانعة بالنسبة الى غير المالك المستولد
فالاستثناء ليس في محله وذلك لعدم تخصيص المخرج بعد رفع العموم وان منعنا
عمومها فالاستثناء يكون منقطعا ايضا لا لما مر وهو عدم دخول الضرائب
غير المالك المستولد في الادلة المانعة فح يحكم بصحتها في البيع بحكم عمومات
صحة البيع هذا غاية ما عثرنا من صور القسم الاول وهو ما اذا عرض لام
الولد حق للغير اقوى فارجح من حق الاستيلاد واما القسم الثاني وهو ما
اذا عرض حق لنفسها اولى بالمراعاة من حق الاستيلاد والذي يحتمله ان عرض
العتق وله صور منها ما لو اسلمت ومولاها ذمي فهل يجبر المولى الكافر
على بيعها ام لا وجهان بل قولان واستدل للاول بوجهين احدهما تعارض
عموم ادلة نفي السبيل مع عموم الادلة المانعة عن بيع امهات الاولاد تعارض
العامين من وجه فقضية الاولى وجوب رفع سلطنة الكافر عن المسلمة سواء كانت
مستولدة ام لا وقضية الثانية عدم جواز بيع المستولدة سواء كان مولاها
كافرا ام مسلما فيقع التعارض في المستولدة المسلمة التي مولاها كافر فيرجع
بعد التساقط الى عمومات صحة البيع القاضية بجواز بيعها لانا عرفت السلطنة
المقتضية لعدم جواز الاجبار على البيع لان العرض لدفاعها عن السلطنة
محكومة ادلة نفي السبيل المنافي لسلطنة الكافر على المسلم فليس للمالك سلطنة
عليها قطعا ولا حق له فيها جزما وثانيهما ترجيح دليل نفي السبيل على الادلة

على الادلة المانعة عن بيعها من وجهين اولهما ما تقرر في محله ان الامر اذا
دار بين عامين يكون احدهما غير مخصص او اقل تخصيصا من الاخر فهو اولى
من الاخر المخصص بتخصيصات كثيرة وثانيهما وروده في مورد الامتنان كما
لا يخفى وهذان الوجهان قد ذكرهما شيخنا الريحي ره ولنا
في كليهما نظر اما الاول فلان ما ذكره من كون المرجع بعد التساقط عمومات
صحة البيع غير سديد لان تلك العمومات مقيدة ومشروطة بالرضا لقوله (ص)
لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه وبعبارة اخرى ادلة جواز البيع لا تدل الا على
منها فح يقع طرفا للمعارضة لان البيع المفروض ايضا سبيل فيقع رضا
المالك ان مقتضى عمومات صحة البيع ليس الا جواز البيع لا وجوبه حتى
يجبر عليه عند الامتناع فالاولى ان يقال ان المرجع بعد تساقط الدليلين هو
اصالة الفساد المقتضية لعدم جواز بيعها لوجوب الرجوع الى الاصول
العملية في العامين من وجه بعد تساقطهما وعدم وجود عام فوقهما كما تقرر
في الاصول واما الثاني فلمنع ما ذكره من وجهي الترجيح اما الاول فلكونه
محل الخلاف والمشهور ان العام المخصص اقوى من العام الذي لم يتطرق له
التخصيص بمعنى ان العام المخصص موهون بما يوجب المثل به ووهن
الطرفين ليس موقوفا على صدور الخطر واما الثاني فلان الادلة المانعة عن البيع
ايضا واردة في مورد الامتنان بل الامتنان فيها اشد لان ابقائها
وعدم بيعها حتى تعتق بنصيب ولدها اشد امتنانا من بيعها و
ابقائها تحت ذل الرق فالصواب ان يقال ان الخاص لو كان من باب
تزاحم الحقين فمقتضى القاعدة هو التخيير فح فنظر الامام بين ابقائها

في ملك الكافر لتشبثها بحبل ولدها وبين اختيارها البيع ويمكن كونه
من باب التعارض ومقتضى القاعدة ح ترجيح ادلة نفي السبيل على الادلة
المانعة عن البيع لما تقرر في محله من تقديم ما هو اقل افرادا من العامين من وجه
على ما هو اكثر افرادا منهما اتفاقا دون التعارض المحض ورجحان الادلة المانعة
في بيع ام الولد بخلاف ادلة نفي السبيل فان لها موارد كثيرة ومصاديق
منتشرة في ابواب الفقه كما لا يخفى على المتتبع وما ذكرناه جيد موافق لكلام
شيخ مشايخنا العظام من ايقاع التعارض في هذا المقام حيث جمع
بين تعارض الادلة وتزاحم الحقوق في مورد التعارض كما يفعل الترجيح
وكذلك العكس كما تلقاه مشايخنا الاعلام منه رحمه والحاصل ان الظاهر
ان كان من قبيل التزاحم فالحكم فيه هو التخيير للامر كما بيناه وان كان
من قبيل التعارض فالحكم هو جواز البيع هنا واستدل للمنع باستصحاب
المنع الثابت قبل اسلامها مع كونها مستولدة وعورض باستصحاب الجواز
الثابت في بعض الصور وهو ما لو اسلمت الامة ولم يكن هناك حاكم يجبر
المولى الكافر على بيعها فوطئها فان كان جائزا بالعرض فاستولدها ثم
وجد حاكم يجبر على البيع اذ عند ذلك يستصحب الجواز الثابت وكذا فيما اذا
كان مولى المستولدة معسرا لا يقدر على اداء ثمن رقبتها ثم اسلمت وصار
مولاها متمكنا هذا ويمكن المناقشة في الاستدلال والجواب بان الاستصحاب
لا يجري في الاحكام الشرعية عند الشيخ على ما حققه فيكون المرجع الشك
فيها الى الشك في المقتضي كما مر ان ما يقتضي عدم حجية الاستصحاب فيه
كما حقق في محله اللهم الا ان يرجع الشك هنا الى الحكم او صفة من الصفات

العسر والفساد وغيره مما لا يخفى وقد يجاب عن الاستصحاب الاول بان الحكم و
الاسلام موضوعان متغايران فلا يجري الاستصحاب لرجحه من قبيل الموضوع
مضافا الى تبدل الموضوع في الاستصحاب الثاني من جهة اخرى وهو اعتبار المولى
وباره فان العسر واليسر موضوعان متغايران فلا يجري الاستصحاب فيهما
ثم ان من مواضع منها ما اذا عجز مولاها عن نفقتها ولو في كسبها فتباع على
من ينفق عليها وهو المحكي عن اللمعة وكنز العرفان وعن الصيمري وابي العباس
والمحقق الثاني وقدم وعن العلامة في التذكرة فعتقها لو عجز عن الانفاق على ام ولده امرها
بالكسب فان عجزت انفق عليها من بيت المال ولا يجب بيعها ولو كانت الكفاية بالتزويج
وجب ولو تعذر الجميع فقوا البيع احتمال انتهى وظاهر كلامه من قوله
عدم جواز البيع مهما امكن الانفاق من مال المولى او كسبها او عوض
بضعها او وجود باذل لنفقتها او امكان انفاقها من بيت المال وقد استحسن
ذلك شيخ مشايخنا المرتضى قده بعد حكاية عبارة التذكرة بقوله وهو حسن
ولكن مع ذلك كله فالمنع عن البيع وفرضها كالحر في وجوب حفظ نفسها وسترها
رمقها بالوجوب الكفائي على كل من اطلع على حالها غير بعيد ولو فرض عدم ذلك
ايضا او كونه ضررا عظيما عليها فلا يبعد القول بالجواز ح لحكومة ادلة نفي الضرر
ولان رفع ضررها اولى من تحملها لرجاء الانعتاق من نصيب ولدها انتهى كلامه ره
وفيه اولا النقض بما اذا عجز المولى عن نفقته نفسه فان مقتضى ما ذكره من
حكومة قاعدة الضرر ح جواز بيعها مع انه لم يذكر احد ذلك في عداد
المستثنيات وثانيا ان ادلة الضرر كما تكون حاكمة على ادلة الاحكام كذلك قد
تكون محكومة والضابط في ذلك هو النسبة بين قاعدة الضرر وادلة
الاحكام اذا كانت قاعدة الضرر فلا جرم تكون القاعدة حاكمة على الادلة

وهنا مجال فيما اذا كانت النسبة بينهما العموم المطلق بان كان دليل الحكم
خاصا فان لا مرجح بالعكس يعني ان الادلة الاحكام على هذا حاكمة على ادلة
الضرر لعدم العموم ان الحكام فقبيل الثاني كان دليل الحكم هنا اخص مطلقا
من دليل نفي الضرر ضرورة ان الادلة المانعة عن بيع ام الولد انما تمنع عن خصوص
بيع ام الولد فتكون خاصة حاكمة على ادلة نفي الضرر العامة ومقتضى ذلك
عدم جواز بيعها كما لا يخفى وثانيا ان مفاد ادلة الضرر انما هو نفي الحكم
الضرري يعني عدم كونه مجعولا في الشريعة وليس مفادها تشريع الاسباب
توضيح ذلك ان الادلة المانعة عن البيع انما يستفاد منها لغوية بيع الام
المستولدة وعدم صحتها ولو نثبت على جواز بيعها بحكم ادلة نفي الضرر كما
ذكره الشيخ ره يلزمه الالتزام بكون ادلة الضرر مشرعا للاسباب لان السبب
هو البيع وقد انقطع بانها لا تصلح لذلك ومنها بيعها على من تنعتق
عليه وفيه قولان ومعظم الاصحاب على جوازه كما عن اللمعة ومن تقدم بعدها
في الفرع ٢ بل وذهب بعض الى المنع واستدل للمشهور بان في بيعها
تعجيل في حقها وعتقها وهو انما يجدي فيما اذا قلنا بعلية الجهة المانعة عن
البيع واما اذا قلنا بكونها حكمة كما هو الحق المحقق فيما سبق فلا لاحتمال
كون الجهة هي الاعتاق الخاص وهو اعتاقها من نصيب ولدها لا
مطلق الاعتاق كيفما اتفق وهذا بخلاف ما اخترناه فيما سبق من جواز
بيع العبد المسلم من الكافر الذي ينعتق عليه لان المانع عن البيع ثمة لم يكن
الا قاعدة نفي السبيل المقتضية لعدم حصول سلطنة الكافر على المسلم وقد
ذكرنا ان بيعه من الكافر الذي ينعتق عليه ليس سلطنة وسبيلا على العبد بخلاف
المقام فان المانع هنا هو الاعتاق الخاص وغير معلوم ان هذا المانع

والصيمري وابي العباس والمنع كذلك وهو ظاهر المصنف ره في الكتاب والفاضل في تحرير
وثاني الشهيدين في ظاهر الروضة والفاضل الجواد في كتابه والتفصيل بين وقوع الوطء
باذن المرتهن ووقوعه بغير اذنه فالمنع عن البيع في الاول والجواز في الثاني وعزي
ذلك الى حواشي الشهيد وكتابيه في الجواهر والتفصيل بين كون الراهن معسرا
وموسرا بالجواز في الاول والمنع في الثاني وهو المحكي عن ف والغنية وكره وحواشي
الشهيد واستدل للاول بوجهين الاول تعارض الادلة المانعة عن البيع مع ادلة
الرهانة بالعموم من وجه والترجيح لادلة الرهانة من وجوه احدها الشهرة و
ثانيها كون حقهما اسبق من حق الاستيلاد وثالثها الاولوية وتقريرها انه قد
ثبت جواز بيعها في ثمن رقبتها بما تقدم من الادلة مع عدم تعلق حق الغير بها عند
رهنها فبيعها في دين مع تعلق حق الغير عليها اولى بالجواز وبذلك كله
يترجح دليل بيع الرهن على الادلة المانعة عن بيع المستولدة ولو سلم عدم المرجح
اصلا فيتساقطان ويرجع الى العمومات المجوزة لاصل البيع والثاني قوله ع
في رواية عمر بن يزيد فكالشرفا بعرفان المراد ان لبس فكهما عن دل
الرقبة فلا لتعدد بينهما رد الآخر ولا ينبغي ان الظاهر تعلق
حق الديان بها ثم الثانية لم تعرف بينهما فتبلغ هنا واستدل للثاني ايضا
بوجهين احدهما تعارض الدليلين والترجيح لادلة الاستيلاد والمانعة
عن بيعها لوجوه احدها ان بناء العتق على التغليب وثانيها تقدم دليل
الحرمة على دليل الحل كما ادعى البعض في نكاح الامة فالمدلول بقوله ع ما اجتمع
وجه منه اخرى تعجل العتق وثالثها ان الاستيلاد سبب للعتق بل ربما
كان اقوى منه لان الاستيلاد ينفذ فيما لا ينفذ العتق فيه مثل استيلاد
المجنون والمحجور عليه بخلاف اعتاقهما واستيلاد المريض ينفذ من الاصل
بخلاف عتقه بناء على التاثير من الثلث ووجه ضعفه ان الاستيلاد اقوى

والعتق من الواضح عدم جواز بيع الأمة المعتقة لكونها حرة فكذلك لا يجوز
بيع المستولدة لكونها كالمعتقة بل أقوى كما عرفت منه وثانيهما قوله
عليه السلام في ذيل رواية عمر بن يزيد لا تباع بعد ذلك إلا في غير ثمنها
الصريح في النهي عن بيعها في غير ثمنها من جميع وجوه البيع والخيانة هذا ولكن
الحق أن سلوك مسلك الترجيح بالمرجحات المرجوة بين أدلة الرهونة و
أدلة الاستيلاد خارج عن طريق السداد لأن الترجيح بها إنما يكون معمولا
به فيما إذا كان التعارض بين الدليلين بالتباين وأما إذا كان بالعموم
كما هو المفروض في المقام فلابد من الترجيح بقوة الدلالة فأيهما أقوى دلالة
يكون مقدما على الآخر ومن الواضح أن أدلة الاستيلاد أقوى
دلالة من أدلة الرهانة من وجوه أحدها أنها من باب الورود بأن نفي أن أدلة
الاستيلاد واردة على أدلة الرهانة لأن مفاد أدلة الرهانة هو الترخيص
في البيع لولا طرو عنوان يوجب المنع عن البيع نظير ورود أدلة المحرمات
على أدلة المستحبات فإن مفاد أدلة المستحبات استحباب الفعل بنفسه ومن حيث
هو مع قطع النظر عن طرو عنوان محرم طارئ عليه مثل إجابة المؤمن
من حيث هي مستحب لولم يعرض عليه لازم كما إذا طلبه منه شرب الخمر مثلا ونظر ورود
أدلة الغناء على أدلة استحباب قراءة الحزن ومن المعلوم ثانيا
أيضا أن أدلة الرهانة إنما تدل على جواز بيعها لولم يعرضه مانع و
لا ريب أن الاستيلاد مانع فمع ثبوته لا محل لأدلة الرهانة كما
لا يخفى وثانيها الحكومة بأن مفادها كون إلغاء الدليل ابتداء

المانع كما يرتفع ببيعها على من تنعتق عليه بناء على وصحة بيعها بشرط العتق
وحكمه كما تقدم في ابتناء المنع والجواز على كون الجهة المانعة عن بيعها علة أو حكمة وقد
مر أن الأقوى هو الأخير فيتم على تقدير الجواز إن وفي المشتري بالشرط للولد
فلا إشكال فيه وإنما الإشكال في صورة التخلف فإن قلنا بأن حكم الشرط ليس إلا وجوب
الوفاء به كما هو المشهور فيجب على الحاكم أو عدول المؤمنين إجبار المشتري على الإعتاق أو
تعتق عليه فهو لما امتنع على فرضه إجبار وأما إن قلنا بأن الشروط لا يوجب الوفاء
بل إنما يثبته ثبوت الخيار للبائع على تقدير تخلف الشرط كما هو ظاهر ثاني الشهيدين
فإما أن يفسخ البائع أولا وعلى الأول فلا إشكال في استردادها وعودها على ما كانت
عليه وعلى الثاني يحكم بفساد البيع من أصله نظير ما ذكرناه في بيع العبد المسلم من
الكافر بشرط العتق فإن كان الدليل هنا غير تمام وهو هنا بقاء الحكمة وتمام
نفي السبيل فتدبر ومنها بيعها ممن أقر بحريتها حيث عدة بعض الأصحاب
من المستثنيات ولكنه مشكل من جهة العلم بفساد البيع على تقديري الصدق
والكذب وذلك لأن المشتري لو أقر إن كان صادقا في إقراره فلكونها الآن حرة ولا
يجوز له شراؤها يجب إقراره وإن كان كاذبا فلكون البيع أم الولد المنهي عن بيعها
وكيف كان فلا يتصور صورة صحيحة لهذه المعاملة حتى تعد من المستثنيات ومجرد
صيرورتها حرة بظاهر الشرع مع كونها ملكا للمشتري بحسب الواقع لا يجدي في تصحيح
البيع إذ المانع لم يكن قاعدة نفي السبيل حتى يتوقف انتفائه بحرمتها بالإقرار والحرية
الظاهرية بل المانع هو كونها أم الولد وهذا لا ينقلب بمجرد الحرية الظاهرية كما لا
يخفى وهذا بخلاف ما بينا عليه في مسألة بيع العبد المسلم من الكافر المقر بحريته فإن
المانع عن بيعه ثمة هو سلطنة الكافر على المسلم ولا ريب في ارتفاعها بظاهر إقراره

بالجريرة فلا يكون سبيل للكافر عليه ح وما الجنى عليه ليس كذلك حال الحكمة دعوى الانعتاق
الخاص كان نقطع بالاقرار المقتضي لتجويزه كما لا يجوز دعوى ان سما ما لو مات شخص من
اقاربها وترك تركة وليس له وارث سواها فان يباح شراؤها من مولاها وتعتق
وترث كما عن اللمعة والروضة وافقهما في الباب نفسه وعن المهذب والتذكرة لا يجيز
ودعوى الاجماع عليه اقول لو لم يكن اجماع هنا لا يمكن القول به لان ادلة الارث
والادلة المانعة عن بيع ام الولد ولكن ظاهرهم الاجماع على وجوب الشراء فلا يجمع
لا بد من ترجيح ادلة الارث على الادلة المانعة ومقتضى ذلك وجوب شرائها
من مولاها ح فان رضي المولى بالبيع فلا اشكال وان ابى اشترى ورث والا
فمن رضي فيباع عليه قهرا هذا تمام الكلام في موارد القسم الثاني واما
واما القسم الثالث وهو ان يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاد ففي موارد
منها لو جعلت رهنا ثم اولدها وهي مرهونة والكلام هنا يقع في مقامين احدهما في بطلان
الرهن بالاستيلاد وعدمه والثاني في جواز بيعها ح وعدمه فالمقام الاول
محصل الكلام فيه انه لا خلاف ظاهرا في بقاء الرهن وعدم بطلانه بالاستيلاد
وعدمه والثاني في جواز بيعها ح بل عن كره نسبته الى المذهب المشعر بالاجماع
عليه نعم اذا صار المولى لها لا يوجب بطلان الرهانة بعد ثبوتها ولو قلنا
سواء قلنا بجواز بيعها للراهن ايضا اما على الاول فواضح واما على الثاني فلانه كان
موت الولد بعد ارتفاع الاستيلاد وصيرورتها ملكا لمولاها الا ان المانع اذا زال
يؤثر السبب اثره هذا هو الكلام في المقام الاول وهو مما لا غبار
عليه واما المقام الثاني ففيه اقوال اربعة الجواز مطلقا وهو المحكي عن الشيخ
والحلي والفاضل والمحقق الكركي والشهيدان في اللمعة والمسالك والسيوري والصيمري

ابتداء من دون وجود دليل المحكوم لغوا وفيما نحن فيه ليس كذلك لان المخاطب بادلة
الاستيلاد وقوله عم لا تباع ام الولد ليس الا جانب المخاطب بها وهو اولياء
العقود من له سلطنة عليه وح فلو فرض عدم تشريع البيع في حق الاولياء
اولا لكان الغاء ادلة الاستيلاد لغوا كما لا يخفى كان الغاء ادلة كثيرة
اثبت الدالة على عدم العبرة بشك كثير الشك مع عدم بيان احكام الشكوك بغير لغوا
وثانيهما اهمال ادلة الرهانة في المقام لان مقتضاها سلب سلطنة
الراهن وتقديم حق المرتهن على حقه لا تقديم حقه على حق ام الولد في الاستيلاد
وبالجملة فمرجع الوجه الاول والثالث الى دعوى اهمال ادلة الرهانة
كما ان مرجع الثاني الى دعوى اطلاقها وحكومتها على ادلة الاستيلاد وعليها
هذه دعوى ما قيل او يقال في بيان تقديم ادلة الاستيلاد وانت خبير
بما فيها من الضعف اما الاول والاخير فلان مرجعهما الى دعوى الاهمال
فلانها دعوى غير مسموعة في مثل المقام بان ادلة الجهات كيانها لا العارض
لان الكلام في المقام انما هو في الحكم الوضعي لا التكليفي والمراد بجواز
البيع فيه ليس الجواز التكليفي بل المراد منه جعله البيع مجازا للمنتفع عليه المنتفع له
فانه في الاحكام التكليفية وبينهما بون بعيد هذا مضافا الى ان
الالتزام باهمال ادلة الرهانة ينافي ما اتفق عليه الاصحاب من
تقديم حق المرتهن على حقوق سائر الديان فانها لو كانت مهملة لما
كان للنفاذ المذكور وجه واما الوجه الثاني الذي مرجعه الى الاطلاق
دعوى الاطلاق والحكومة فلمنع تعلق الخطاب بكل لبعض ولا ينبغي على ا
بل هو مخصص بمالك الامة الذي استولدها كما لا يخفى على المتامل هذا
وقد يقال بان ادلة الرهانة اقوى من ادلة الاستيلاد لوجهين الاول

دعوى الاهمال فى ادلة الاستيلاد لان مقتضاها عدم جواز تصرف المالك
فيها بكون حق الاستيلاد مقدما على حق المالك لا انقوائه على حق احد غير
المالك فلا يكون ادلة الاستيلاد ناظرة الى دفع غير المالك وتفصيل
ذلك هو جواز البيع للمرتهن باذن الراهن وبالعكس وبانا نمنع ان ادلة
الرهانة اقل تخصيصا من ادلة الاستيلاد فيكون اقوى دلالة بالنسبة الى
المادة وذلك لما عليه تخصيصات كثيرة ويمكن الجواب عنها ايضا اما عن الاول فبمنع
عدم سماع دعوى الاهمال فى الادلة بل لا ينبغى صدورها من اهل التحقيق
لما مر انفا من دعوى ما علم عمومها اى عموم ادلة الاستيلاد وبالنسبة الى غير
المالك المستولد لها ايضا مضافا الى ان بيع المرتهن لها هو لاجل اداء
دين الراهن فيكون البائع هو الراهن حقيقة واما عن الثانى فبما مر انفا
من ان ما هو اكثر تخصيصا يكون اقوى دلالة هذا ولكن مع ذلك
كله نقول ان الحق هو ما ذهب اليه المشهور من جواز بيع الامة المرهونة
لوجهين الاول سبقية حق المرتهن على حق الاستيلاد وذلك بناء
على كون المقام من باب تزاحم الحقوق لا اشكال فيه واما بناء على كون المقام
من قبيل تعارض الدليلين فكذلك ايضا لان ادلة الرهن واردة على العارض
اذ لا مدفع العارض كما انه لعدم صدور العارض وعدم وجوده
كذلك يكون بعدم لاجل عدم وجود محل وموضوع للعارض ايضا وما
نحن فيه من قبيل الثانى حيث انه بعدما تعلق حق المرتهن بالامة المرهونة
وحل فيها لم يبق محل وموضوع لتعلق حق الاستيلاد بها حتى
يتحقق موضوع ادلة المنع لا ان الحقان لا يجتمعان اذا ما دار حرمها

احدهما شاغلا للمحل فلا يوجد الاخر لعدم محل له الثانى انه لو سلم التعارض
فيهما متكافئان فيرجع بعد تساقطهما الى عمومات صحة البيع فتلخص مما ذكرنا
ان الحق هو ما ذهب اليه المشهور من جواز بيع الامة المرهونة للمالك الراهن
بقى الكلام فى القولين المفصلين اما ما ذهب اليه الشهيد ره من عدم جواز البيع لو
وقع الوطى باذن المرتهن والجواز لو وقع بدون اذنه فقد يستدل له بان مقتضى
الجواز ليس الا حق الارتهان وهو يسقط باذنه لم يبق فى الوطى لان الاذن فى الوطى
فى الاذن فى الاحبال والاستيلاد لانه فى الحقيقة حيث انه الاذن فى الملزوم اذن فى لازمه
المنافى ومرجع الاذن فى المنافى هو اسقاط حقه واورد عليه تارة بمنع الملازمة
بين الوطى والاحبال لما ذكر تحقق الاحبال بعد الوطى وقد لا يتحقق واخرى
بان الاحبال انما يكون مانعا عن بيع المالك الراهن دون بيع المرتهن هذا و
لكن فى كلا الوجهين نظر اما فى الاول فبان الاذن لمرتهن بوطى الراهن مع احتمال
ترتب الاحبال عليه مع عدم رضائه بالاحبال المذكور كارها له غير معقول
ولا يصدر العقلاء وح ما الاذن منه فى الوطى ملازم لرضاه بالاحبال كما لا
يخفى واما فى الثانى فبان الكلام فى المقام على ما عرفت انما هو فى جواز بيع الراهن
دون بيع المرتهن كما لا يخفى على من تتبع كلمات الفقهاء اللهم الا ان يؤتى فى
الجواب عن التفصيل المذكور بمجرد احتمال عدم الاحبال فى صورة الاذن
بالوطى كاف فى بقاء حق المرتهن وعدم سقوطه والحاصل ان التفصيل
المذكور ليس وجهه عدم الملازمة كما ذكره المورد وليس الجامع وجهه
ان ادلة النهى عن ام الولد لا تتعلق ببيع الراهن بل انما هو وجهه ما ذكرنا

ان مجرد وقوع الاستيلاد ولو باذنه بالوطي كاف في ثبوت الرهن بحذو
اما التفصيل بين المعسر والموسر فقد استدل له بوجهين احدهما انه مقتضى
الجمع بين الدليلين فان مقتضى ادلة الرهن هو الرهن في البيع ومقتضى
ادلة الاستيلاد هو عدم جواز البيع فالجمع بينهما يقتضي حمل الاولى على
تقدير الاعسار اي اعسار الراهن والثانية على تقدير يساره وثانيهما
ان بيعها لاداء حق الرهن ليس باقل من بيعها في ثمن رقبتها فكما ان بيعها
في ثمن رقبتها كان جائزا مع الاعسار فكذلك يجوز بيعها لاداء حق الرهن
هاهنا وفي الوجهين ما لا يخفى اما الاول فلانه جمع تبرعي لا شاهد
عليه وهو غير مرضي عند الاصحاب كما قرر في محله واما الثاني فلان
جواز بيعها في ثمن رقبتها هناك مع فرض الاعسار انما كان لاجل تعلق
الثمن برقبتها ولا ريب ان تلك الجهة موجودة فيما نحن فيه مع اليسار ايضا
ولازم ذلك هو القول بالجواز المطلق لا التفصيل كما لا يخفى نعم في المقام
اشكال وهو ان مقتضى القاعدة على القول بجواز بيع الامة المرهونة
هو ثبوت التخيير للراهن بين بيعها واداء الدين من ثمنها وبين فكها ودفع
الدين من ماله الآخر الا ان شيخنا العلامة اعلى الله مقامه في كتاب الرهن
احتمل وجوب الاجبار اي اجبار الراهن على الفك واداء الدين من ماله الآخر
ولكن لا يخفى عليك ان هذا الاحتمال انما يلائم المقام لو كان الكلام
ومحل البحث في جواز بيع المرتهن نظرا الى ان جواز بيعه انما هو
على تقدير امتناع الراهن عن اداء الدين فيجبره الحاكم لا الى الراهن

اي للراهن على اداء الدين من ماله الآخر دون تلك الامة لكن ليس الامر كذلك لان
الكلام كما سلكناه انما هو في جواز بيع الراهن لا المرتهن وعلى هذا فمن الواضح
ان الاحتمال الذي ذكره قده لا وجه له بل هو باطل جدا كما لا يخفى الا ان يقال
انه على القول بعدم جواز البيع يجب على الراهن دفع البدل الى المرتهن ومع
فان مات ولدها وقت بلوغ الاجل يكشف ذلك عن كونها بدلا للبدل بعد الحيلولة
لجواز بيع الامة بعد موت ولدها وصيرورتها رقا فان بقي ولدها يكون ذلك
كاستيفاء كون البدل بدلا للتالف ومنها ما اذا كان علوقها بعد
افلاس المولى والحجر عليه والحكم في هذا الفرع حكم الفرع السابق عليه جوازا ومنعا
وقد عرفت ان الحق في سابقه هو جواز البيع لما ذكر من سبق تعلق حق الديان
بها ولا دليل على بطلانه بالاستيلاد فكذا في هذا الفرع فالقول به ايضا
كما هو مختار العلامة قده في عدة والعمدة وجامع المقاصد وكنز العرفان والمهذب و
غاية المرام وقد استحسن الجواز شيخنا العلامة قده بناء على تعلق حق الغرماء بالعين
لا مطلقا حيث قال انه حسن مع وجود الدليل على تعلق حق الغرماء بالاعيان
اما لو لم يثبت الا الحجر على المفلس في التصرف ووجوب بيع الحاكم امواله في
الدين فلا يؤثر في دعوى منافاتها بما هو قابل للبيع في نفسه فتامل
انتهى كلامه رفع مقامه اقول ان ما ذكره قده ان الحكم بالجواز حسن مع قيام الدليل
على تعلق حق الغرماء بالاعيان انما يتم لو بني قده على الجواز في الفرع السابق
ايضا واما بقول مطلق ولو بني على المنع في المسألة السابقة فلا مضافا
الى ان قيام الدليل من الاجماع وغيره على تعلق حق الغرماء بالاعيان
ثابت في محله فلا وجه لما ذكره قده من تعليق الاستحسان الى قيام الدليل
ولعل الى هذا اشار قده بقوله فتأمل مع ان ما ذكره قده حكم السالكين هو

حجر المفلس وحرمة تصرفه في امواله ووجوب بيع الحاكم امواله في الدين فحقق ان
الحكم الوضعي اعني تعلق حق الغرماء بالاعيان غير منفك لان التكليف قد يكون
تابعا للوضع كما في الاسباب الشرعية فان الحكم بوجوب دفع المال الى المالك
انما هو بعد سببية البيع وتاثيره وقد يكون الوضع تابعا للتكليف كما في الزكوة
فان حق الفقراء انما يتعلق بالعين بعد حصول شرائط التكليف فلو ملك
مالا لعقل والبلوغ ونحوهما وصيرورة المالك مكلفا باداء الزكوة فما لم
يحصل لم يتعلق حقهم بها وما نحن فيه من قبيل الثاني ومن تعلق الحق بدون
التكليف مما لا وجه له لكونه تابعا له كما عرفت في الزكوة ويمكن جعل هذا وجه
اخر لقوله فتدبر فتامل والحاصل ان القول بحجر المفلس وحرمة تصرفه ووجوب
بيع الحاكم امواله ملازم للحكم الوضعي وهو تعلق حق الغرماء فالتفكيك
بينهما بثبوت التكليف دون الوضع مما لا وجه له ومنها ما اذا كان
علوقها من المشتري في زمان خيار البايع وفيه قولان قول باسترداد البايع عين
الام بعد الفسخ وهو مذهب الحلي وقد تبعه جمهور منهم العلامة في تذكرة وولده والمحقق
والشهيد الثانيين وقول هو استرجاع قيمتها بعد الفسخ والمحكي عن [illegible] لان
ادلة النواهي عن بيع ام الولد انما تكون شاملة للاسباب الاختيارية
واسترداد البايع لها ليس منها بل هو حكم شرعي يلحقها كالاسترقاق وعلى ما عرفت فلا
يكون مشمولا لادلة النواهي ووجه قول المشهور بان ادلة النواهي كما
تكون شاملة للاسباب الاختيارية كذلك تكون شاملة للاسباب القهرية و
العمل بمقتضى ادلة الخيار وهو استرداد العين معلق على عدم ورود المنع عنه
شرعا فليس الا مصادرة محضة لثبوت المعارضة بين ادلة النواهي وبين
ادلة جواز استردادها للبايع وعدم ترجيح احدهما على الاخر وفي مثله

تقتضي القاعدة هو الحكم بالتساقط والرجوع الى مقتضى الاصل وهو استصحاب
جواز الاسترداد على تقدير الفسخ الثابت قبل الاستيلاد والحاصل ان استردادها
كاسترقاقها وقد اتفقوا على جواز الاسترقاق اذا جنت على غير مولاها عمدا كما عرفت
مفصلا والاسترداد مثله من غير فرق بينهما ومنها ما لو اشترط اداء مال
الضمان منها ثم استولدها بناء على ما استظهر الاتفاق عليه من جواز اشتراط
الاداء من مال معين فتقتضي ادلة الضمان جواز بيعها لتعلق حق المضمون له بها
ومقتضى ادلة الاستيلاد عدم الجواز فيتعارضان فيرجع بعد تساقطهما الى
عمومات الجواز ومنها ما اذا كان علوقها بعد نذر كونها صدقة او كان
بعد نذر التصدق بها وكل منهما على قسمين مطلق ومشروط بشرط لم يحصل
قبل الوطي ثم حصل بعده اما لو نذر كونها صدقة وكان مطلقا ثم استولدها
فلا ريب انه خارج عن محل الكلام في المقام فلا حكم لعلوقها لعدم تحقق الاستيلاد
لعلوقها في ملك الناذر كعدم تحققها في ملك الاجنبي واما لو نذر كونها صدقة وكان
مشروطا ثم استولدها قبل حصول الشرط فيحتمل كون الامة ملكا للفقراء
معلقا الناذر دفعها اليهم كما حكاه صاحب التذكرة عن الفقهاء رحمهم الله في باب
الزكوة ويحتمل كون استيلادها كاتلافها فيحصل الحنث وبتقدير القيمة
جمعا بين الحقين حق ام الولد وحق المنذور له وقد ذكرهما الافاضل شيخنا
العلامة اعلى الله مقامه والظاهر من كلامه ان هذا الحكم اعني ضمان المتلف
قيمة المنذور له قبل حصول الشرط انما هو مسلم عند الفقهاء وقد [illegible] في ذلك
التكلم تارة في المبنى اعني ما به [illegible] حكمهم بالضمان واخرى في [illegible]
الضمان في الفرع المزبور فنقول اما مدرك الضمان فليس الا قوله ع من اتلف
مال الغير فهو له ضامن والاستدلال به انما يتم بناء على الكشف بتقريب ان يقال
ان حصول الشرط بعد الوطي يكشف عن كون الامة المنذورة ملكا للفقراء

حتى النذر فاستيلاده لها اتلاف لمال الغير فيكون ضامنا هذا ولكن فيه
اولا ان المقام انما هو من قبيل كون الحكم الوضعي اعني ملكية المنذور له تابعا
للحكم التكليفي وهو وجوب الوفاء على الناذر ولا ريب انه لا تكليف في المقام حتى
يتبعه الوضع له وبعبارة اخرى لا وجوب وفاء حتى يكشف حصول الشرط
عن ملكية العين المنذورة للفقراء لان من الواضح انه قبل حصول الشرط
لا تكليف لوجوب الوفاء وبعده ايضا كذلك لعدم بقاء محل حتى يتعلق الحكم
اعني وجوب الوفاء به اذ الموضوع للنذر انما هو على كونها صدقة فهو من قبيل
النذر على الشيء وبعد حصول الشيء لا معنى لايجاده ومن هنا ذهب جماعة
منهم جمال المحققين الى فساد نذر الشيء ولو كان حاصلا لعدم الدليل على صحته
اذ الدليل ليس الا ادلة وجوب الوفاء والتكليف انما يتعلق بالمقدور دون
غيره وان اجاب عنه المشهور بان نفس المنذور وان كان غير مقدور ولكن يمكن
تعلق التكليف باعتبار اثاره ولوازمه كحرمة التصرف في العين المنذورة وهذا
الجواب لا يتمشى فيما نحن فيه هو دفع القيمة مع فرض لزوم النذر لان كون ذلك
اثرا موقوف على الامر بالوفاء فلو كان الامر بالوفاء ايضا موقوفا عليه
لزم الدور وثانيا انه لو كان حصول الشرط كاشفا عن كونها للمنذور له
خارجا عن ملك المالك وداخلا في ملك الفقراء ولازم ذلك ان لا يكون
لحصول الاستيلاد وصيرورتها ام ولد وجه فيما كان للمنذور له اثر ثم
استولدها المالك قبل حصول الشرط كما هو المفروض في المقام لان الوطي
انما وقع في ملك الغير مع ان الفقهاء رضوان الله عليهم اتفقوا على
حصول الاستيلاد وكونها ام ولد بها فانهم هذا اقوى دليل على عدم

على عدم خروج المنذور له عن ملك الناذر وهذا كله على الكشف واما
على القول بالنقل فلا يتم الاستدلال المزبور ايضا لعدم حصول الملك ودعوى
ان الضمان انما هو لاجل تفويت حق المنذور له لان له حقا في العين المنذورة لا
لاجل اتلاف ماله حتى يرد فيه ما ذكر واضح الفساد لوجهين احدهما منع
ثبوت حق للمنذور له في المقام بل الثابت هو مجرد الحكم بحرمة التصرفات
فقط وثانيهما انه على تقدير تسليم ثبوت الحق له يمنع ثبوت الضمان بكل حق كما
ذكرنا نظير الحال في البناء اذ بعد ما عرفت انه لا مدرك للضمان في اصل
الشيء بعد صرف البناء اولى فالمتعين هو الاحتمال الاول وهو كون الامة ملكا
للفقراء هذا كله في نذر التصدق بالامة فيهما واما لو نذر التصدق بها
فالمطلق منه كالمشروط في انه يقتضي عدم خروج المنذور عن ملك الناذر
قبل ايجاد السبب وان كان بينهما فرق من حيث تعلق المنذور له وعدمه لما عرفت
ان تعلق الاول تابع للامر بالوفاء ولا امر في المشروط قبل حصول شرطه
اصلا بخلاف المقام فان الناذر مأمور بالوفاء وبالنذر بايجاد سببه
فيثبت الحق للمنذور له ويتفرع عليه سقوط ما في ذمة الناذر لو سقط
المنذور له او مات فيحتمل تقديم حق المنذور له فيجب على المالك التصدق ويحتمل
تقديم حق الاستيلاد والجمع بين الحقين يجب على الناذر دفع القيمة هكذا
ذكره شيخنا العلامة قده ظاهرا وما ذكره قده هو مختار الاصحاب
لكنه لا يخلو عن نظر بل منع لان الاحتمال الثاني من لوازم الاحتمال الاول
دون غيره اذ تقديم حق المنذور له وعدم سقوطه في العين هو دفع قيمتها
بعد تعذر دفع نفس العين كما لو تلفت العين المنذورة هذا ولكن

يمكن ان يوجه كلامه قده بارجاع الاضمار الى احتمال الحاصل بغرينة
تعقب قوله بحتمل تقديم حق الاستيلاد ذلك ببيان لقوله ويحتمل تقديم حق المنذور
له واما الشروط فقبل حصول الشرط كالامر بوجوب الوفاء فلا يكون للمنذور له
حق في العين المنذورة واما بعد حصول الشرط فيقع التعارض بين ادلة وجوب
الوفاء بالنذر وادلة الاستيلاد ومقتضى القاعدة هو التساقط والرجوع
الى عموم السلطنة المقتضي لجواز التصرف فالاحتمال لا يتوقف بالاجماع المركب فان
كل من قال بجواز التصرف قال بجواز البيع وكل من قال بعدم جواز البيع قال
بعدم جوازه ومنها ما اذا كان علوقها بعد كتابة مشروطة ثم فسخ كتابته
بناء على ان المستولدة ام ولد بعد فرض معلوم على عتق المكاتب فان بعد انفساخ
الكتابة وانتقال العبد وما في يده الى الامة المستولدة الى المولى يجوز للمولى بيعها
وبيع ولدها كما يجوز له بيع نفس العبد المولى ذكره من المستثنيات محل نظر
اذ لا مجال لتوهم عدم جواز البيع لمولى العبد بعد تملك العبد بفسخ الكتابة
لان حال الامة كحال من اشترى الامة المستولدة في ثمن رقبتها ان شاء وفي
الخيار ابقاها في زمن خيارها واسترقها فالحق عليه بعد خيارها فكما انه لا وطء له الا المنع
عن بيعهم فكذلك فيما نحن فيه ومن هنا يظهر فساد ما ذكره شيخنا المذكور من ان قوله
فلا يجوز له بيع ولدها لان الولد تابع الوالد لان الامة تصير ملك المولى ومنها
ما اذا كانت الامة المستولدة غير معرضة للعتق لعدم توريث الولد لكونه من موانع
الارث فكان مبنيا على ان الحكمة المانعة اعني ابقائها وانعتاقها من نصيب الولد حكمة
فلا وجه لهذا الاستثناء اذ لا يعتبر الاطراد في الحكمة وان بنينا على انها علة فلم
وجه الا ان المحكي عن شيخنا العلامة في كتاب الرهن عدم انحصار العلة المانعة فيما
ذكر بل هناك علة اخرى وهو اشفاق الوالد على ام ولده بحيث يكون ارتكاب بيعها

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الثاني في الامور المانعة عن البيع الاستيلاد وينقح الكلام في
هذا المرام يستدعي رسم مقامات الاول في بيان موضوعها والثاني
حكمها والثالث في الموارد المستثناة من هذا الحكم اما المقام الاول فلا
ريب في ان ام الولد من الموضوعات الخارجية التي تثبت بها حقيقة شرعية
وقد ذكر بعض الفقهاء لها شروطا اربعة يمكن استفادتها من ابواب
متفرقة احدها كون الولد حرا وثانيها كون العلوق في الملك وثالثها
ثبوت تكونه في الملك ورابعها اباحة الوطي ذاتا وهذه الشروط الاربعة
بعضها شرط للموضوع من جهة عدم صدق ام الولد على الامة مع عدم
تحققه وكذلك شرط كون العلوق في الملك واما اباحة الوطي فان قلنا
بان ام الولد موضوع للمعنى الصحيح فتكون شرطا للموضوع لان الولد
الحاصل من الوطي الحرام ليس بولد شرعا وان قلنا بوضعه للاعم تكون
شرطا للحكم واما شرط الحرية فالكلام فيه تارة في تشخيص كونه شرطا
للحكم او الموضوع واخرى في فرض مثال له وثالثة في اثبات هذا الشرط
واعتباره من الشروط ورابعة في اقامة الدليل على اعتباره اما الاول
فعلى تقدير اعتباره ان قلنا بوضع الموضوع للصحيح فهذا الشرط شرط
له وان قلنا بوضعه للاعم فهو شرط له واما الثاني فقد يمثل له بما اذا
باع المولى امته واشترط عليه كون الولد رقا بناء على صحة الشرط
المذكور وفيه انه على تقدير صحة الشرط فعدم جريان حكم الاستيلاد
على الامة حينئذ مبني على فرض تعدد الوطي وعدم وفاء نصيب الولد

من

يعتق امه كلا او بعضا واما مع احضار الوارث فيه فيجري حكم
الاستيلاد ويتعلق بنصيب ولدها لا لان العلة المانعة عن بيعها وهي
كونها في عرضة الانعتاق موجودة وان كان الولد محكوما بالرقية ومثل له
بعضهم بما لو اشترى العبد من مال سيده امة واستولدها بناء
على القول بالملكية للعبد فيكون الولد رقا فاشتراط الحرية لاخراج هذه
الصورة حيث لا يجري عليها حكم الاستيلاد وفيه ان الحكم برقية الولد
ان كانت بالنسبة الى ابيه فغير مستقيم لعدم تملك العمودين لاولادهما
وان كانت بالنسبة الى مولاه فكذلك بعد كون الولد نماء الملك العبد فان
فرض اشتراك العبد مع مولاه بالنسبة الى الولد فلا وجه لكونه رقا بل
يحكم بالحرية تغليبا لجانبها وبالجملة فهذا المثال ايضا كسابقه
في عدم الصحة اللهم الا ان يقال ان عدم تملك العمودين لولدهما انما هو
في الاحرار لا في العبيد فيكون الولد رقا لا بيده هذا ثم قال البعض المتقدم
ذكره ولو اشترى المكاتب امة للتجارة ثم استولدها فينعتق الولد موقوفا
ولا يملك بيعها ولو ادى ما للمكاتبة فالاظهر جريان حكم الاستيلاد
عليها وفيما ذكره من الاحكام قبل الاداء وبعده نظر اما الحكمان الاولان
قبل الاداء فلا يناسبهما على رجاء انعتاقها باداء مال الكتابة وذلك
مخالف للاصل القاضي بجواز بيع الولد كامها وهو اصالة عدم الاداء
او عدم الانعتاق فالاتكال على الاصل المذكور يقضي بجواز بيعها قبل
الاداء واما بعده فاجراء حكم الاستيلاد عليها موقوف على كون الاداء كاشفا

كاشفا عن كون الامة ملكا للمكاتب من حين البيع واما لو كان ناقلا فلا
لانتفاء شرط العلوق في الملك لا لانتفاء شرط الحرية ومما ذكرنا يظهر
فائدة هذا الشرط الثالث ايضا فالاقوى عدم اشتراطه لاطلاق النهي
عن بيع ام الولد الشامل لما اذا كان الولد رقا وفقد دليل الشرط على تقييد
الاطلاق واما الشرط الثاني فيتفرع عليه صحة بيع الامة الموطوءة بشبهة
ثم ملكها او الامة التي ملكها بعد الشراء لانتفاء العلوق في الملك في
الصورتين وفرع بعض الاعلام على هذا الشرط ما لفظه وكذا لا يثبت لعلوقها
من المكاتب المشروط اذا عجز ولو ادى ثبت وفيه ان هذا ليس من فروع شرط
كون العلوق في الملك بل انما هو من فروع شرط الحرية فلا وجه لقوله ره وكذا
ثم ان الحكم بجريان شرط الاستيلاد عليها بعد الاداء لا يتم على اطلاقه
بل انما يختص بما اذا قلنا بكاشفية الاداء عن الملكية حال العلوق لحصول العلوق على
ما قلناه فلا وجه لانتفاء الشرط اعني كون شرط العلوق في الملك ثم
ان المخالف في اعتبار كون شرط كون العلوق في الملك هو الشيخ وابن حمزة فيها
حيث قالا بعدم اعتبار الملكية في زمان الحمل وانه لو ملك بعد الحمل ايضا
يجري عليها حكم الاستيلاد للاطلاق في الادلة وعموم العلة وهي كونها في معرض
الانعتاق فانه مثلي بصورة حصول الملك بعد الحمل ايضا واورد على الاول
كما في كتاب بعض مشائخنا بمنع الاطلاق الشامل لهذا الموضوع لان المتبادر من ام
الولد صنف من اصناف الجواري باعتبار الحالات العارضة لها بوصف
المملوكية وفيه ان مجرد كونها اسما لهذا الصنف لا يصير دليلا على منع
الاطلاق اللهم الا ان يقال ان المراد المورد ان ام الولد من الموضوعات

التي ثبت لها حقيقة شرعية باعتبار كونها اسماً لصنف خاص وقد طرء
عليها الاجمال لاحتمال اشتراط كون العلوق في الملك فلا يصح من الاخذ بالقدر
المتيقن من مصاديقها وحقيقتها ولا مجال لدفع الاجمال بالتمسك بالاطلاق وثبت
وعن الثاني بان العلة غير مطردة ولا منعكسة فتكون حكمة لا علة حقيقية وفيه
ان العلة وان كان من شأنها الاطراد والانعكاس كما تقرر في محله الا انها
اما مخصصة او معممة ولازم الاول هو الاطراد ومنع جريان الحكم في غير مجاري العلة
كما ان لازم الثاني هو الانعكاس واقتضاء جريان الحكم في جميع موارد
وجودها ودورانه مدارها كما في مثل لا تأكل الرمان لانه حامض الا ان عدم الانعكاس
في المقام انما هو لخروج بعض افراد مجاري حكمها بالدليل كما في المستثنيات
الآتية ومن الواضح ان الخروج بالدليل لا يقدح في الانعكاس المعتبر في العلة
وانما القادح هو خروج بعض مجاريها عن حكمها من غير دليل وذلك مفقود
في المقام بل كل ما خرج فانما هو بالدليل وذلك غير مصادم لعموم العلة لانها
من العلل التي عبر عنها بالعلة للتخصيص فتختص ابها فيترتب على العلية بعدم الاطراد
وكونه في وضعها كما لا يخفى وبالجملة فالاقوى اعتبار هذا الشرط اعني كون
العلوق في الملك لما مر من منع الاطلاق ولرواية ابن مارد عن ابي عبد الله عليه السلام
في الرجل يتزوج الجارية تلد منه اولاداً ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله
لم تلد شيئاً بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها قال هي امته ان شاء باع
ما لم يحدث عنده حمل وان شاء اعتق والمناقشة في سندها مع كونه مجبوراً
بالعمل في غير محلها كما لا يخفى واما الشرط الثالث فلا اشكال في تحققه
بالمضغة والعلقة لصدق التكون عليهما وانما الاشكال والخلاف في النطفة

ن النطفة والظاهر ان محل الخلاف هو النطفة المستقرة الواصلة الى الرحم
واما النطفة الغير الواصلة المستقرة فلا ينبغي الاشكال ولا الخلاف في عدم
صدق التكون عليها فلا تصير الامة بمجرد صبها فيها ام ولد وعلى ما ذكرناه
يحمل كلام كل من اطلق النطفة وكيف كان فمن المشهور جواز بيعها مع استقرار
النطفة لعدم صيرورتها ام ولد بذلك وقد خالف فيه شيخ الطائفة الطوسي رحمه الله
وشيخ الاماجد في الجواهر وشيخ مشايخنا ره في المكاسب فقالوا بجريان احكام
ام الولد عليها بمجرد استقرار النطفة في رحمها واستدل للكون بوجوه
للمشهور بعمومات الصحة القاضية بصحة بيعها الا ما ورد الدليل المخصص
القطعي بالنسبة اليها واستدل للثاني بوجوه احدها ان ما هو المصحح
لاطلاق ام الولد عليها باستقرار النطفة في غيرها بعينها في صحة الاطلاق
بعد ارتكاب التجوز وثانيها عموم العلة وثالثها رواية محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام
في جارية لم تحمل وكان بها انها سقطت سقطاً منه بعد ثلاثة اشهر قال عليه السلام
هي ام الولد وذلك لاستيفائه عليه السلام للنطفة والعلقة والمضغة بدليل على
ثبوت الحكم للجميع ورابعها رواية ابن مارد المتقدمة وانها حصرها في الجميع
النظر والمناقشة اما الاول فلا عبارة على ثبوت الاطلاق او العموم في المجازات
وهو باطل لما تقرر في محله من عدم العموم في الكنايات المجازية واستعمالاتها واما
الثاني فلمنع العلية بل انما هي حكمة ومن شأنها عدم الاطراد واما الثالث فلان
ظاهر السؤال هو كونه عن السقط بعد الوقفة بعد سقط كما لا يخفى ومع تجاوز
الامام عليه السلام بانها ام ولد لا ينطبق على مذهب الخاصة لاتفاق كلمتهم على عدم جريان
احكام ام الولد على الامة بعد السقط وبعد الموت فلابد من حملها على التقية

واما الرابع فلمنع حجيتها اولا لعدم عمل الاصحاب بها الذي هو شرط للموضوع
والحكم معا على التحقيق لا لخصوص الموضوع فقط كما لعله التزم نحوها وثانيا
فندور الحجة مدار العمل في كل مورد مورد ولا ينفع العمل بالخبر الضعيف في
مورد خاص في اثبات حجيته في سائر الموارد دون العكس انتفاء العمل
في خصوص المقام مفقود ولا لبناء معارضة العمومات بها من وجهين
احدهما ان تعارضها مع العمومات انما هو بالمفهوم وقد تقرر في محله ان ا
المنطوق وان كان من قبيل العموم يقدم على المفهوم وان كان خاصا كما عليه
المشهور وثانيهما ان قوله ع ما لم يحدث عنه لذلك الاستثناء اي الا ان يحدث
عنده حمل ووضوح ان المستفاد منه هو اعتبار صدق الحمل في المنع عن البيع واما
لجميع حالاته وكيفياته فلا ولا لانها على خلاف وح فالحكم هو عمومات الصحة
القاضية بجواز بيعها وان كانت ذات نطفة منعقدة هذا واما الشرط
الرابع فالمراد منه هو الاباحة الاصلية في قبال الحرمة الذاتية فيخرج بها ما اذا
استولدها المولى حال مرضه للغير او ما فيه الرضاع بعد ما اشتراها بناء
على انعتاقها لان ما دل على عدم لحوق ولد الزنا بالنسب يخرج مثل هذا
الولد عن كونه ولدا فيجوز بيع امه مضافا الى قصور شمول الادلة الناهية
لمثله فالحكم فيه ايضا العمومات الدالة على صحة البيع هذا وقد حكى في
ذلك الشيخ والعلامة في تذكرتهما حيث حكما بجريان احكام ام الولد على مثل
هذه الامة في الصورتين ولكن لا قوة فيهما ايضا ما عليه لما عرفت اذا
عرفت ذلك كله فاعلم ايضا انه لا يعتبر في صيرورة الامة ام الولد كون
حملها بالوطي حاصلة بل يتحقق بالمساحقة ايضا لان المدار على الحمل

على الحمل كيفما اتفق وان كان منصرفا لادلة كونه بالوطي كما ادعاه
بعض الاساطين الا انه انصراف بدوي ناش عن غلبة الوجود كما
لا يخفى وبعد التأمل يزول لان الانصراف الذي هو حد صار الوضع في
الاعتبار هو الذي يكون منشأه غلبة الاستعمال لا الوجود فتوهم
لو ماتت ام الولد وتركت ولدا فهل يجري عليه احكام الاستيلاد ام لا
فيه وجوه بل اقوال ثالثها التفصيل بين كونه وارثا لانتفاء الولد
الصلبي للمولى وعدمه بالجريان في الاول وعدمه في الثاني ومما ذكرنا
يتجه المؤاخذة على شيخ مشايخنا قدهما في الجواهر والكتاب حيث جعلا
المسألة ذات قولين الجريان مطلقا وعدمه كذلك كما في اكثر الاول والجريان
مطلقا مع التفصيل كما في الثاني فان المسألة كما عرفت ثلاثية الاقوال كما
يستفاد من مجموع كلامهما ومدرك القولين الاولين صدق الولد على
ولد الولد حقيقة وعدمه ومنشأ التفصيل كون انعتاقها من نصيب
ولدها علة للحرمة لا حكمة وكيف كان فاستدل للاول بوجوه اولها
كثرة استعمال الاولاد في اولاد الاولاد استعمالا شائعا شرعا وعرفا و
من الاول قوله تعالى يا بني اسرائيل ويا بني آدم واشباههما وفي اثبته العرف
تلك الاستعمالات في الكثرة بمثابة يأبى عن احتمال اقترانها بالقرينة
وثانيها انه لو كان حقيقة في الولد بلا واسطة يلزم ان يكون
استعماله في ولد الولد مجازا ولو كان حقيقة في القدر المشترك يكون
استعماله فيه على سبيل الحقيقة فيدور الامر بين الاشتراك المعنوي
والحقيقة والمجاز والاول اولى وثالثها عدم صحة سلب الاولاد عن اولاد

عن اولاد الاولاد وهو علامة الحقيقة وما في التهذيب الثاني فثمة صحيحة
الى ابي جعفر ع في ولد الولد انه ليس بولد علي بل ولد ولد فقيل ان الاصح سلب الشامل
انما هو افراد انه بكلمة بل والا فمنع الاطلاق لا يصح السلب بقرينة ما في الروايات
الاتية وداعيها الروايات منها ما ورد في احتجاج مولينا الباقر ع
في مناظرته لابي الجارود على ان الحسنين ع من صلب رسول الله ص بقوله تعالى
وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم حيث قال ع مخاطبا لابي الجارود وسلهم
يعني المخالفين هل كان يحل لرسول الله ص نكاح حليلتيهما ع ومنها
ما روي عن مولينا الرضا ع في جواب هرون لعنه الله حيث اراد ع اثبات قرابته
بالرسول ونفي قرابة هرون عنه ص ما مضمونه ان رسول الله ص لو كان حيا
فليس له ان يزوج بنتي وكان له ص تزويج بنتك لانه ص ولدني ولم يلدك
وهذه الرواية صريحة مطابقة ولد على بقوله لم يلدك في قوة عدم صحة
السلب يعني لا يصح ان ينفي انه لم يلدني وهو علامة الوضع ففيها دلالة واضحة
على ان الولد والابن حقيقة في مطلق من يخرج من صلب الانسان سواء كان بلا
واسطة او معها وخامسها القياس وليس المراد منه القياس الاصولي حتى ينافي
اثبات الوضع بالقياس بل المراد به القاعدة بل المراد به القاعدة الكلية
المطردة وبيانها ان من المعروف والمسلم ان المضاف الى ما يضاف اليه الشيء
مضاف الى ذلك الشيء فلذلك لا يصح ان ينفي الجزء انه جزء للكل و
لمضاف لمضافه مضاف ولذا نقول اللازم انه لازم فيصح بلا حاجة
هذه القاعدة المسلمة ان ينفي ولد الولد انه ولد هذا وان جعلها في الجمع
من النظائر فالاول فقد اجيب عنه او يجاب بان الاستعمال اعم من الحقيقة

من الحقيقة ولكن الانصاف ان هذا الجواب بعيد عن الصواب في كل موارد
الاستعمال والصواب هو التفصيل بين الموارد بان يجاب بان مثل بني ادم
وبني اسرائيل قد صار حقيقة عرفية في كل من يخرج من صلب ادم واسرائيل وان كان
مجازا لغويا الا انه قد صار علما بالغلبة لكل من ينسب اليه من صلبه فلا يكون دليلا
على كون الاستعمال حقيقيا في غير مثل هذا اللفظ واما قوله تعالى يوصيكم الله
في اولادكم فهو على خلاف المقصود اذ لو كان المراد الاولاد فيها ما يشمل الاولاد
الاولاد يلزم فيما لو تخلف عن البنت ابن وعن الابن بنت ان يكون لابن البنت ضعف
ما لبنت الابن من الميراث مع ان الامر بالعكس فذلك يدل على انصراف الاولاد
في اية الارث بالخارج بالخارج عن الصلب بلا واسطة فان قلت لو كان
للولد اولاد ذكور واناث فللذكر منهم مثل حظ الانثيين وليس ذلك الا
لصرف الاولاد على اولاد الاولاد قلت جريان حكم الاولاد على اولاد الاولاد
انما هو لقاعدة اخرى مطردة في باب الارث وهو ان كل منتسب الى الاب يأخذ
كلالة الام فللذكر منهم مثل حظ الانثيين وهذه القاعدة لا ربط لها بتصرف
الاولاد على اولاد الاولاد بل تجري في مثل الاعمام والاخوال وغيرهما كما لا
يخفى على المتتبع وكذا لا وجه للتمسك بالاية الثانية كقوله تعالى فلهن الثمن مما تركتم
ان كان لكم ولد وكذا استدلالها في محل كرة فان ولد الولد يحجب الزوجة عن
الربع ولكن الجواب عنها هو باعمية الاستعمال من الحقيقة واما قوله عز وجل
وحلائل ابنائكم فعنه اولا ان الكلام في وضع الاولاد دون ما دخلها مع الابناء
ممنوع وثانيا بعد تسليم الترادف واثبات الدلالة بعدم القول بالفصل
بان الاستعمال اعم من الحقيقة واما في الثاني فالدلالة انما تسلم مع عدم

مع عدم تمامية البنوة وعدم صحة السلب واما مع تماميتها فيها واداوان
على الاولوية كما لا يخفى واما في الثالث فلان عدم صحة السلب باعتبار المعنى الذي
يطلق على الولد بلا واسطة لكون موضوعا لمعنى جامع بينهما بل هو باعتبار
معنى اخر والا فيصح السلب باعتبار المعنى الموجود في الولد الصلبي لان اطلاقه على غيره
انما هو باعتبار كونه مخلوقا من مائه وهذا المعنى منتف قطعا في ولد البنت
فكيف يدعى صحة السلب بالنسبة اليه ومن المعلوم ان صحة السلب وعدمها انما يعتبر
بالنسبة الى المعنى الجامع الذي يراد ادخال المشكوك فيه صادقا فيه لا بالنسبة
الى معنى اخر ومن هنا يظهر الجواب عن الثاني ايضا فقوله عم ولعله خلق ملك قال سلب
الولادة عنه واثباتها لنفسه عم انما هو باعتبار الولادة بمعنى الارتباط الحقيقي
وانتهاء نسبته اليه عم لوجود هذا المعنى في حقه عم دون الرشيد فهذا لا دلالة
له على كون هذا المعنى الثابت في حقه دون غيره حقيقة لاحتمال كونه معنى
مجازيا عن الولد الصلبي بعلاقة خاصة بينهما وهي علاقة ابتناء دعم اثبات
هذا المعنى لنفسه يتحقق به نسبته الى رسول الله صم ونفيه عن الرشيد يتحقق نسبته
اليه ايضا واما في القياس فلانه يشترط في ذلك القاعدة اتحاد جهة النسبة
والاضافة في الاضافتين كما في جزء الجزء وعلة العلة ونحوهما لان النسبة الموجودة
بين المضاف الاول وما اضيف اليه المضاف الثاني فلا يصح تلك الاضافة فيما
انتفى فيه هذا الشرط فلا يقال لغلام زيد انه غلام لزيد كما يقال غلام غلام زيد غلام
زيد لانتفاء العلاقة المصححة للاضافة الاولى في الاضافة الثانية وكذا الحال
في المقام فان النسبة بين الولد ووالده الموجبة لاضافة الولد اليه هي كونه
مخلوقا من مائه مفقودة بينه وبين ولد الولد قطعا فلا يصح اضافته له

اضافته الى الوالد الا ولد صلب الجبلة فالكلية المذكورة ملاك لا يجري في المقام
واما ثانيا في الاخبار فلان النزاع بين الفريقين العامة والخاصة في اطلاق
ابن رسول الله صم على الحسنين والائمة صلوات الله عليهم اجمعين لم يكن في المسئلة
اللغوية يعني كون اطلاق الولد والابن حقيقة على ابن الابن حقيقة او مجازا
لوضوح ان ذلك لا يحتاج الى هذه الاحتجاجات الشديدة منهم والى الاحتجاجات
البليغة من الائمة عم بل المرجع في مثله العرف فمع الرجوع اليه يرتفع النزاع
فلا وجه لبقاء هذا النزاع بينهم مع تطاول الازمنة وتوالي الايام كما ان
النزاع بين الفريقين لم يكن في اصل الاطلاق ولو مجازا ضرورة ان اطلاق
ابن رسول الله صم على الحسنين عم كان شايعا متعارفا غير قابل للانكار
ولا يضر ذلك الجمال الرشيد مع العامة لان زبيدة جاريته ايضا كان يطلق
عليه ابن رسول الله صم وليس في مجرد الاطلاق فخر للشيعة ولا تشنيع على العامة
بل النزاع بينهم في اثبات النسب بين الوالد وولده ونفيه فالخاصة يدعون
ثبوت النسب لولد الولد كثبوته للولد والغرض منه اثبات شرافة الائمة عم
واثبات القرابة بينهم عم وبين الرسول صم وانهم اولى الناس باثبات ارثهم
في الكتاب بالغرض والعامة ينكرونه وذلك لانكارهم ثبوت النسب لولد
الولد ويدعون ان الام وعاء كما قال الرشيد لموسى بن جعفر عم لم جوزتم
للعامة والخاصة ان ينسبوكم الى رسول الله صم ويقولون لكم يا ابن رسول الله
وانتم بنوا علي عم وانما ينسب المرء الى ابيه وفاطمة عم انما هي وعاء وغرضهم
ان اطلاق ابن رسول الله صم على الحسنين عم لا يصح على طريق النسب لانقطاعه
ولا مجازا لانتفاء علاقة النسبة والقرابة ولو صح الاطلاق فانما يصح

على سبيل التوسع بعلاقة الزوجية كالعلاقة على زيد بن حارثة لكونه ربيب
الرسول صلى الله عليه وآله فلا شرافة للائمة عليهم السلام من حيث النسب فالقرابة هذا وحاصل هو مقتضى
القول بكونه حقيقة في ولد الولد وان كان ولد البنت اتفاق كلمتهم في تخالف
السيد رحمه الله حيث جوز اعطاء الخمس لمن ينتسب الى هاشم من طرف الام خاصة فلو
كان الولد حقيقة في ولد الولد يلزمهم موافقته فيه والجواب عنه بان ذلك
للدليل الدال على ان الخمس كان لهاشمي من طرف الاب خاصة من دون بعضهم يعلم
يكون ذلك مخصصا لادلة الخمس لاحتمال كونه مبنيا على عدم كون ولد البنت
ولدا فيكون مخصصا وهو اولى من الالتزام بالتخصيص كما لا يخفى لا يقال ان هذا
مقلوب على القائلين بكون الولد حقيقة في الصلبي اذ مقتضاه عدم جواز اعطاء
الخمس للسادات مطلقا لعدم كونهم من اولاد هاشم حقيقة والتالي باطل اتفاقا
فالمقدم مثله والملازمة واضحة لانا نقول القرينة العظيمة قائمة على عدم ارادة
الولد الصلبي من بني هاشم في مصرف الخمس بل المراد منه ومن امثاله من التراكيب
هو القبيلة والطائفة اي من ينتهي الى هاشم هذا كله في كلي المسألة ثم
بعد التعرض والادلة لا بعد ان اشير الى اصل يرجع اليه في خصوص المسألة فنقول
صرح شيخنا المختار رحمه الله بان مقتضى الاصل هو المنع لاستصحاب المنع عن البيع
الثابت حال حياة ولدها وفيه اولا انه من قبيل الشك في المقتضي لما حققنا
في محله من ان الاحكام التكليفية باسرها من هذا القبيل وقد حققنا عدم
حجيته وثانيا ان استصحاب المنع هنا معارض بعمومات صحة البيع والعموم هنا
مقدم على استصحاب حكم المخصص لما تقرر في محله من ان الشك لو كان في تخصيص زائد
على العام بان كان له عموم زماني او احوالي يشمل المشكوك فيه يتقدم العام

العام بلا مرجح للاستصحاب ولو لم يكن هناك عموم لان الشك حينئذ في الحدوث
لا في البقاء وان كان الشك في بقاء حكم الفرد الخارج بالتخصيص بان لم يكن بقاؤه
مشمولا للتخصيص فالمرجع هو الاستصحاب وما نحن فيه من قبيل الاول لان عموم
صحة البيع الامر شامل لجميع حالات الاشياء كحالة فرد العام وقد خرج عنه حالة كونها
ذات ولد موضوع واما خروجها حال موت ولدها وبقائه ولدها فمشكوك وهو
فرد مستقل يوجب الشك فيه بالعموم امتدادا في تخصيصه ما علم ولا مسرح للاستصحاب
فيه لان العموم الاحوالي كما تقرر في محله مكثر للموضوع فالامة حال كونها ذات ولد
موضوع وفرد للعام وحال كونها غير ذات ولد موضوع اخر فلا سراية لحكم الاول
الى الثاني فليس الا استصحاب ما له وصل كالدليل يقتضي صحة البيع لما عرفت من
النسب وصحة السبب المختار في هذا الفرع عدم الحاق ولد الولد بالولد مطابق
الاصل والدليل عليه واما القول بالتفصيل بين كون ولد الولد وارثا وعدمه
بالالحاق في الاول وعدمه في الثاني فمبني على كون الارث قد يستند الولد علة
لا حكمة وهو ممنوع بل المتبع هو الدليل وقد عرفت عدم شمول الادلة المانعة عن بيع ام
الولد بمفروض البحث فيدخل فيه الثاني في حكمها وهو انه لا يجوز بيعها ما دام
الولد حيا اجماعا محققا ومنقولا والنصوص بها مستفيضة بل متواترة
بل يظهر من بعضها انه كان من المنكرات في صدر الاسلام فمثل ما روي عن مولانا
امير المؤمنين عليه السلام انه سئل عن بيع امة ارضعت ولده قال لا هي له خذ بيدها وقل من يشتري
ام ولدي ومع ذلك حمل الخلاف في ظاهر الصدوق في ثقة واب حمزة الحراني رحمه
شارح نهج البلاغة استنادا الى بعض الاخبار كالصحيح وهب عن ابيه في رجل
زوج ام ولده ثم مات السيد قال لا خيار لها على العبد هي مملوكة للورثة

وهو من الشواذ الذي يجب طرحه او تاويله وحمله على ما اذا كانت ذات ولد ومات
ولدها كما يشهد له التفريع فذكر رد هذه الرواية هكذا في رجل زوج عبد له
ام ولد له ولا ولد لها من السيد ولا مال له الا ظلو في بيعها اذا مات ولدها
يجوز بيعها وعليه الشيخ في الفتوى بل الاجماع بقسميه عليه وكفى به ندرة وقد سئل
عن بيع ام الولد فقال لا تباع ولا تورث ويعتق بعد الامر وهو ايضا محمول على ما اذا
عرض لها ما يجوز بيعها لاجله فهذه ما تقدما شاذ فجمح بالاجماع وفي حكم البيع
كل تصرف ناقل عن ... بالعتق كالهبة والصلح ونحوهما لعموم الخلاف فيه
بل حكى الاجماع عليه صاحب الايضاح وارسله في الرياض ارسال المسلمات لان
المستفاد من النصوص والفتاوى منها هو لزوم ابقاء ام الولد بحالها وذكر
خصوص البيع وذكر خصوص البيع انما هو من باب المثال لكونه الفرد الغالب
للنقل وهو الظاهر من الرواية المتقدمة عن امير المؤمنين ع بل عن ... ان عموم المنع للكل
ناقل وعدم اختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين وهو الوجه لظهور ادلة المنع في
ارادة مطلق النقل وهو مقتضى ابتنائه على ارادة الفقه وفيما شيئا من اخبار
بيع ام الولد في ثمن رقبتها وعدم جواز بيعها في غيره وقد حكي الخلاف فيه عن بعض
السادة من مشايخ مشايخنا فجوز غير البيع من سائر النواقل للاصول
الجمود على ظواهر الاخبار المختصة بالمنع عن خصوص البيع مع ظهور كلام معظم الاصحاب
عنه وفيه ما عرفت من دعوى الاجماع على عموم المنع وارسالهم له ارسال المسلمات
مضافا الى ظهور ذلك بالخصوص عن تضاعيف كلماتهم في موارد متفرقة منها
في استيلاد المشتري في زمان خيار البائع فان المصرح به في كلام الشهيد فيها
في خيار العيب بان البائع لو فسخ رجع الى القيمة لانعتاق ام الولد وكذا عن العلامة

عن العلامة فتدبر ووالده ومع صدق ذلك يجري في مطلق الخيارات ايضا ومنها في رهن ام الولد
ومنها في المستثنيات ردا ونحوها لان بها كالصريح في ان الممنوع هو مطلق
التصرفات الناقلة لا خصوص البيع فالاقوى عموم المنع لكل تصرف ناقل وهل
يلحق بالبيع التصرفات المعرضة له من مطلق النقل كرهن ام الولد او الضمان بشرط
الاداء عنها وجهان بل قولان فالمحكي عن بعضهم هو الالحاق حيث قال الاستيلاد
مانع عن صحة التصرفات الناقلة من ملك المولى الى ملك غيره او المعرضة لها للدخول
في ملك غيره كالرهن على خلاف في ذلك انتهى والاقوى عدم الالحاق لو فرض مثال
لذلك لعدم شمول الادلة له فانها دالة على المنع عن النقل عما عرضهم واما
عدم تجويزهم لرهنها فليس من هذه الجهة بل لقصور ادلة الرهن عن شمول مثل
ام الولد لان المعتبر في الرهن هو الاستيثاق وهو لا يحصل بعد فرض عدم جواز
بيعها بحال وكذا الضمان اذ بعد فرض عدم جواز بيعها ونقلها يكون شرط
الاداء عنها في عقد الضمان شرطا مخالفا للكتاب والسنة هذا وقد يكفي
في المقام اراده ينبغي التنبيه عليهما الاول ان الظاهر عدم الخلاف في جواز عتقها
لا لان المنع عن التصرفات الناقلة عن ملك المولى انما هو لرجاء عتقها حكما او علة
فالعتق تعجيل خير لا يشمله الادلة المانعة عن النقل والثاني انه ينبغي تجويز
الاكتفاء بها بمعنى انه لو لم يكن هناك مانع اخر عن الاكتفاء بها في حد الاستيلاد ولا
يصح ما نحن عنه لقصور الادلة المانعة عن اعدام الموضوع لان ظاهرها
هو المنع عن نقلها وهو فرع بقائها هذا تمام الكلام في موضوع ام الولد
وحكمها والمقام الثالث في المستثنيات عن هذه الكلية وهي كثيرة ومرجع الجميع
اما الى عدم تحقق الحكمة المانعة عن بيعها وهو رجاء انعتاقها من نصيب ولدها

او الى وجودها بغلبة مراعاته في نظر الشارع على مراعاة حق الاستيلاد والحاكم
بها وهو تشبثها بالحرية وذلك اما لتعلق حق الغير بها او لتعلق حقها بتعجيل
العتق وكيف كان فقد استثنوا من كلية عدم جواز بيع ام الولد مواضع حكموا
فيها بجواز بيعها وهي تبلغ نيفا وعشرين منها ما لو اشترى رجل جارية ولم
يؤد ثمن رقبتها فاستولدها ومات وخلف ولدها ولم يكن للمولى ما يمكن
اداء ثمن رقبتها به او كانت لاحد الغير بها ودیون مستوعبة لها ثم الكلام
في هذا الفرع يقع تارة في حكمها بعد موت المولى واخرى في حال حيوته اما
الاول فالمشهور شهرة عظيمة كادت تبلغ حد الاجماع جواز بيعها في ثمنها بعد
موته وفي ضمنه انه موضع وفاق وعن جماعة نفي الخلاف فيه ولم اجد مخالفا
في ذلك عدا السيد فيما حكي عنه من المنع بناء على اصله وهو سلب الكلي وتبعه فيه
فيما حكي عن نهايته ظاهر ابيها نقوم ح على الولد فتعتق فان كان صغيرا انتظر
كبره واذا كبر فان ادى والا اجبر عليه وان مات قبل ان يبلغ بيعت فيكشف عن كون
العتق مراعى مشروطا فذلك الى رواية منقاربة مفادها لفتواه فيه ودال
وجه استحسان وهو تغليب جانب الحرية وانت خبير بشذوذ هذا القول كما ذكره غير واحد
الاصحاب عن بعض انه لا عامل بها غيره ره في نهايته وقد رجع عنه في سائر
كتبه بل يمكن دعوى الاجماع على خلافه كما ادعاه على جواز البيع ح جماعة وقد مر انه لا
ان يشترط الاستناد الى الاخبار الصحاح المعتبرة فضلا عن غيرها عدم اعراض
الاصحاب عنها ما لا اعراض عن هذا القول اولى من التعرض لحاله صحة وفسادا
وكيف كان فالظاهر انه لا اشكال في جواز البيع في هذه الصورة للنص الصحيح
الذي رواه المشايخ الثلثة عن عمر بن يزيد قال قلت لابي ابراهيم ع اسئلك

اسئلك عن مسئلة فقال ع سل قلت لم باع امير المؤمنين ع امهات الاولاد
قال ع في فكاك رقابهن قلت وكيف ذلك قال ع ايما رجل اشترى جارية فاولدها
ولم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه اخذ منها ولدها وبيعت واودى ثمنها
قلت فيبعن فيما سوى ذلك من دين قال ع لا الخبر وهو كما ترى تخصيص للعمومات
الناهية عن بيعها واما الثاني فالمشهور فيه ايضا هو الجواز وعن ظ الحكي المنع عن ابن
حمزة في الوسيلة وعن الاردبيلي اثره وتلميذه ابن ... التردد فيه الفاضلان
مال عن التردد فلاجل المسئلة لسنة الاقوال والادلة فونيق وحيث ان
كلام المانعين والمجوزين فخاصوا الى اقامة الدليل على مذهبهم وجهته موافقة
قول كل منهما للاصل وتخالفه المشهور فلنقدم ادلة المانعين وهي وجوه
الاول الاصل القاضي بفساد المعاملة والثاني استصحاب المنع الثابت بها
اذا كان المولى حيا سيما بعد الاستيلاد ثم طرء الاعسار والفرع الاجماع وبينهم
في غيرها بعدم القول بالفصل والاجماع المركب والثالث اطلاقات الادلة
الناهية عن بيعها والرابع صحيح عمر بن يزيد المتقدم لاختصاص الجواز فيها به
بصورة موت المولى كما يرشد اليه قوله ع ولم يدع فيدل على النفي في غيرها اما
لورودها في مقام الجواب عن حكم امهات الاولاد فيدل على الحصر لكونها عن غيرها
او لشمول نفي الجواز في ذيلها فيما عدى هذه الصورة للبيع في ثمنها في حيوة
المولى ولكن لنا في الجميع نظر اما الاصل فلانقطاعه في المقام بالعمومات
الدالة على صحتها فلا مجال للتمسك به واما الاستصحاب فاجاب عنه شيخنا
بمنع الحالة السابقة لان بيعها في حال اليسار ليس بيعا لها في الدين حتى يمنع
حتى يستصحب بعد طروء الاعسار لاشتراط صرف البيع في الدين بالعجز

فالمسئلة ذات

بعد اداء الثمن وفيه ان الممنوع في حال الحياة مطلق البيع سواء كان في ثمنها
او في غيره فيقتضي ذلك المنع الكلي الشامل للبيع في الدين بعد طرو الاعسار وكذا في
عدم صحة البيع في الدين قبل العجز ممنوع غير ممنوع اشتراط صرفه بالعجز بل العبرة
في صرفه بالقضاء فلو قصد البائع بيعها في الدين يتضح في انها بيعت في دين الاولاد
فالصواب ان يجاب عن الاستصحاب بمعارضته باستصحاب الجواز فيما اذا كان
المالك معسرا قبل الاستيلاد ثم استمر الاعسار الى ان استولدها فانه لا اشكال
في الجواز في هذه الصورة ويثبت في غيرها بضميمة الاجماع المركب فهذا الاستصحاب
يعارض استصحاب المنع ثم ولما الاطلاقات فلمنع العموم والاطلاق فيهم للنواهي
بل كلها في مقابل دفع الايجاب الكلي من غير نظر لها الى جميع الموارد والكيفيات
وعلى تقدير تسليم الاطلاق والعموم فهي انما تجري مع عدم تمامية دليل المجوز
ولا اظن خفاء في انها مخصص لعمومها وسيجي الكلام فيه واما الصحيح [illegible] ودلالتها
على نفي الجواز فيما عدا صورة الموت وما يحتمل الوجهين لدلالتها على الا [illegible]
ممنوع اما الاول فلانه عم ليس في مقام بيان جميع موارد بيع امهات الاولاد
حتى يفيد كونه للحصر بل في مقام الجواب عن السؤال الحاضر وهو البيع في
ذلك تركة فلا يفيد كونه مما عداها لا يفيد الحصر بوجه واما الثاني فلانه
لا عموم لقوله عم ذلك حتى يشمل بيعها في ثمنها حال الحياة لما قرر في محله من
ان اسماء الاشارة من قبيل المبهمات وليس لها اطلاق ولا عموم فمن المحتمل ان
يكون المشار اليه لقوله عم ما سوى ذلك هو الثمن بعد الموت ومن المحتمل ان يكون هو
الثمن خاصة غير مقيد بالموت وتمامية الاستدلال بها مبنية على ثبوت الاحتمال
الاول ومع تطرق الاحتمال الثاني يسقط عن صلاحية الاستدلال بها لنفي الجواز

الجواز في ثمنها حال الحياة كما لا يخفى والحاصل ان الادلة المذكورة كلها ما هو له
قاصرة عن افادة المنع عن بيعها في ثمنها حال حياة المولى واما دليل القول بالجواز
فهو ايضا وجوه منها عمومات التجارة كقوله عم الناس مسلطون الخ واحل الله
البيع ونحوها ومنها استصحاب الجواز الثابت في الفرض الذي يثبت في غيره
بالاجماع المركب ومنها رواية عمر بن يزيد عن ابي الحسن عم عن ام الولد تباع في الدين
قال نعم في ثمن رقبتها فانها باطلاقها تشمل المقام ومنها ادلة وجوب اداء
الدين القاضية بجواز بيعها ولكن يخدش في هذه اما على الاول فلان نواهي بيع
ام الولد مخصصة لها وعلى الثاني فلانه معارض باستصحاب المنع في صورة
الحياة بضميمة الاجماع المركب حسبما عرفت تفصيله وعلى الثالث فبمعارضتها
برواية ابن مارد المتقدمة والنسبة بينهما عموم من وجه بعد الاغماض عن ظهور رواية
ابن يزيد فيما بعد الموت فانها تدل على جواز البيع في الثمن مطلقا سواء كان في
حال الحياة او بعد الموت ورواية ابن مارد تدل على عدم جواز بيعها حال الحياة سواء
كان في ثمنها او في غيره فيتساقطان والمرجع في مورد الاجتماع عمومات المنع المستفادة من النصوص
والفتاوى وفيه اولا بعد تسليم التعارض انه لا يجب الرجوع الى عمومات المنع لان
مرجعهما ان كان هو التساقط فهو [illegible] ورواية ابن مارد في طرف المعارض ورواية عمر
بن يزيد المعلوم انه لا يصح جعل الصالح للمعارضة معارضا ولو كان هو الاجماع
فتشافوه في محل الخلاف واضح لذهاب جل المجمعين الى الجواز في المقام فلا
عموم لذلك الا عدم ما يشمل المقام ويصير مرجعا بعد التساقط فالمرجع
ح عموم [illegible] السلطنة القاضي بجواز البيع وبما ذكرنا يظهر ما في كلام شيخنا
العلامة اعلى الله مقامه حيث رد على ما ذكره بعض المعاصرين رايا المرجع

هو في عرض سلطنة المالك لكن الخصوص خلافه وإن صدر عن بعض المحققين ره
لأن استفادة الخصوص والقادي هو أن الاستيلاد والأمر بحيث لها حقاً مانعاً
عن نقلها إلا إذا كان هناك حق أولى منه بالمراعاة أعني حق الحاجة وذلك لأنك
قد عرفت أن الخصوص والقادي غير ناهض لإثبات عموم القاعدة كي ينفع في
المقام ويكون مرجعاً وثانياً منع التعارض والتساقط بل الترجيح مع رواية
ابن يزيد مضافاً إلى اعتضادها بالشهرة المحققة وجهين أحدهما ما ذكره
شيخنا المختار ره من أن الرواية المجوزة مطلقة دالة على جواز البيع في الثمن في
حياة المولى وبعد مماته ورواية ابن مارد ظاهرة في المنع عن البيع في حال الحياة
في غير الثمن بشهادة قوله عم فيهلك عنه ما شاء الله من ولد منه شيئاً بعد ما
ملكها ثم يبدو له في بيعها وللملك والبداء ظاهران في عدم كون بيعها في
ثمنها وح فيكون دلالتها على جواز البيع في الثمن حال الحياة فلكم الإطلاقهما
أرجح من دلالة خبر ابن مارد على المنع في تلك الحالة لأنها خاصة بظاهرها
لكن يرد عليه أن الترجيح المذكور مبني على الغض عن ظهور رواية ابن يزيد
فيما بعد الموت وإلا فمع ظهور رواية ابن يزيد فيما بعد الموت بشهادة
قوله عم تباع إذ لو كان الحكم جارياً لكان ينبغي أن يقول فيبيع في الدين فالعدول
عن فعل المعلوم إلى المجهول شاهد على كون الغرض فيما بعد الموت وكون البائع غيره
فترجح دلالة رواية ابن مارد على دلالة خبر ابن يزيد على الجواز في صورة الحياة وثانيهما
ما هو المختار من أن دلالة خبر ابن يزيد على الجواز إنما هي بالمنطوق ودلالة
رواية ابن مارد على المنع بالمفهوم من قوله عم ما لم يحدث عنده حمل وقد تقرر
في محله أن المنطوق أقوى وأرجح من المفهوم فإن قلت إن الترجيح بالمنطوق

بظهور رواية ابن مارد
في غير الثمن وح فللخصم
أن يقول بسر ذلك
أو بالعكس وهو
الإغماض عن ظهور
روايتنا في ورودهما في غير
الثمن والحكم بالإطلاق
ثمناً كان أو غيره
ولا صحح

بالمنطوق فإنما يتم فيما إذا كانت دلالة الكلام على المفهوم بالإطلاق وأما إذا
كانت بالوضع فلا ترجيح للمنطوق عليه لأنه من الدلائل الوضعية للكلام قلت
قد حققنا في محله وذكرنا في موضعه أن المفهوم إنما يستفاد من الكلام بالإطلاق
لا بالوضع فيرجح المنطوق عليه فنحكم بالجواز لرواية ابن يزيد وبهذا الوجه يندفع
الإشكال الذي ذكره شيخنا المرتضى ره في المسألة ولكن بقي هنا شيء وهو أن إعمال
الترجيح مبني على ثبوت التعارض بين الدليلين في مادة الاجتماع والحكم بأنها
مشمولة لهما إلا أن قضية القاعدة المجمع عليها في باب التراجيح وهي طرح الظاهر
من الدليلين بأظهرهما أو النص هو الحكم بخروج مادة الاجتماع في المقام عن تحت
كلا الدليلين وعدم شمولهما لها أصلاً بيان ذلك أن الكلام في الروايتين المتقدمتين
ظاهر وأظهر أما رواية ابن يزيد فنص في الثمن وظاهر فيما بعد الموت وظاهر
في الحياة ورواية ابن مارد نص في الحياة وظاهر في غير الثمن وظاهر في الثمن
فيطرح ظهور الرواية المجوزة في الحياة بنص المجوزة فيه ويحمل على المنع عن البيع
في حال الحياة في غير الثمن ولازم الحكم المذكور خروج مادة الاجتماع وهو البيع
حال الحياة في ثمنها عن تحت كلا الدليلين وسكوتهما معاً عن حكمها فيرجع في حكمها
إلى عموم في عرض سلطنة القاضي بجواز البيع فيه وبالجملة فلو أجرينا قواعد
الترجيح فهو مع الرواية المجوزة ولو عملنا بالقاعدة المسلمة في باب
التعارض كان المرجع عموم قاعدة السلطنة القاضي بالجواز وعلى التقديرين
فالحكم هو الجواز وعلى الرابع بعد تعارضهما بالأخبار الناهية عن بيعها
فيتعارضان ويتساقطان والمرجع بعده استصحاب الجواز الثابت قبل

الاستدلال دفا دلالة وجوب اداء الدين عرفنا ههنا لاثبات الجواز لابتلائها
بالمعارض وفيه منع المعارضة بل ادلة المنع حاكمة على ادلة وجوب اداء
الدين لاشتراط الوجوب المذكور بالقدرة العقلية او الشرعية ودليل
المنع بنفي القدرة الشرعية ومن الواضح ان الدليل النافي للشرط لا يعارض
دليل المشروط بل معه لا يمكن جريان

452